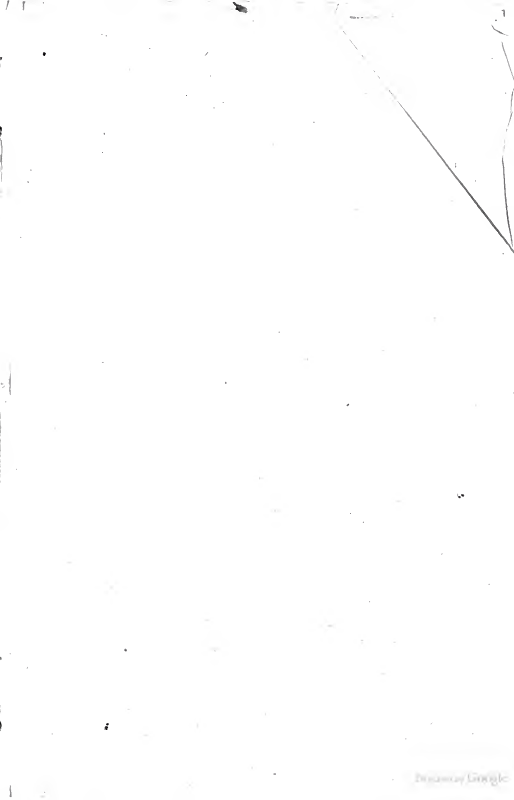


Digitized by Google



Digitized by Google

TRACTATVS
DE
SYMBOLICIS CONTRACTIBVS
IN QVATVOR TITVLOS DIVISVS,

IN QVORVM

Primo tractatur de Symbolicis Contractibus in genere.

Secundo de Locati, Conducti, Empti, Venditi, & permutati Symbolicis Contractibus.

Tertio de Societatis, Mandati, & Commendationis Symbolicis Contractibus.

Quarto de Mutui, Depositi, Commodati, & Pignoris Symbolicis Contractibus.

AVTHORE
ALBERTO ALDERISIO I. C.
OPVS

Ex omni sui parte subtilitèr excusum nùnc primum à tenebris extractum, omnibus tàm in scholis, quàm in vtroque foro versantibus vtile, & necessarium: tanquàm à nemine vsque adhùc non solum tractatum, sed neque excogitatum.



Cum duplici Indice, Argumentorum scilicèt, & Materiarum.

SVPERIORVM



PERMISSV.



Neapoli, Ex Typographia Hyacinthi Passari. Anno SS. Iubilei MDCLXXV.
SVNTIBVS IGNATII RISPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google



ILLVSTRISSIMO, ET EXCELLENTISSIMO DOMINO

D. DOMINICO CARAFA PACECA

Ex Magdalunentium Ducum Prosapia, Principi Colubrariæ, Murconi, Cossiani, Formiculæ, & Pontislatonici Domino, &c.

ALBERTVS ALDERISIVS S. D.

NON enim, Illustrissime, & Excellentissime Domine, Deus nobis talia otia fecit, vt non nulla otium faciat mortalibus mala, sed vt benè sapientia scribatur in otijs, & sapientiæ otia negotia essent, vtquè quò otiosior sapientia, eo exercitior in omne speculandi genere quis redderetur. Contingit in otio mihi vt non nullos legales componerem tractatus, quorum Primus, qui lucē appulit, fuit ille de *assistentia*, dignè tanquam primogenia occupans, vt Deo seruaretur, dicareturque. Secundus de *Symbolicis Contractibus* cui ascribatur, præter quàm Deo, cuius sunt omnia, tibi soli in mentem occurrit Tibi, qui de Illustrissima Prosapia Ducum exortus ceù sydus perfulgens, nō velut qualitas Diaphano inhærens splendes in vrbe, sed tanquàm lux, quæ illuminat orbem, Coruscas in mundo. Tibi, qui Princeps, cuius aducntus non timetur, sed suspiratur præ tua Illustrissima, & Excellentissima Sponsa omnibus excellentia præes, Tibi, cui lucrum non in fęnore, sed præ tua magnificētia damnum pateris; contingit, tibi denique, cuius celsitudo non est superbia, sed benignitas, non arrogantia, sed authoritas, non ostentatio, sed sinceritas, omnibus non temporalis, sed perennis lętitia, Facultas benefaciendi nō in ore, sed in manu, compendium virtutum non sub tabula, sed in Vrna, veluti, in *Carafide* repositum. Tibi postremò, qui fidelis inter omnes, amabilis inter gentes, Fortis inter Proceres. Iucundus inter amicos, & grauis inter nobiles omnia feliciter pertractas, ab omnibus amaris, à Proceribus existimaris, ab amicis clarificaris, & à nobilibus glorificaris. Tu quidem tàm magnæ virtutis munificentissimus Princeps, & in otijs vigil hoc iuris munusculum non ea quidem vulgari benignitate, quam cuilibet impartiri soles, sed eo

a 2 animo

animo,quo in alterum peculiari studio symbolizaris amicum, vt tibi debitũ suscipe,illudque in tui tutelam, tàm in obsequium,quod tibi debeo, & profiteor, quàm vt à Momis, zoilisque defendas ascribe: nec quod leges, & non historias in se contineat hic liber,quasi quod magis historiarum libri equitibus conueniant, quàm legales, putenr vulgares, exili animo munus contendas,quia eo dignius est opus legale historiografo,quanto excellit aurum argento,quid commune habent armorum facta cum excelsa iustitia? quid impietas cùm pietate?quid passiones animi scribẽtis historias cùm candore intellectus speculantis in iure,Gloriosissimus Imperator in legibus,licèt fortis in armis, Astręa tanquàm virgo obsequium excerpit à Marte præterea hilarioti vultu excellentius hoc opus tibi, cuius proprium est ministrare tuis subditis iustitiam,congruens, amplectere : Nàm si tu pro eo eris,quis contrà illud? quasi dixerim nemo, quia nemo palpebras attollere audebit ad tui gloriæ lumen,quin noctula non euadat, nèc est aliquis,qui contrà te pugnare possit tanquam valentem pro mille. Virtutes? quas non edoctus, sed inbutus ab vbere Illustrissimę prosapiæ tuæ suxisti,cui quidém prosapiæ tu crescens ætate,& prudentia maius præbes fastigium,& cuius si pateant gloriæ,& trophea, quorum vetustatis monumenta audactèr demonstrant vestigia, tamen in te gloriari oportebunt descendentes ab ea. Absit, quod de te indicem, quàm alitèr vera exposcunt. Immò sub compendio reposui, quę absq; ausu temerario pleniùs in tempore scribam. Interim incolumem seruet te Deus,tibique optimo Principi Nestoreos annos concedat, & me vt assoles, in tua benignissima gratia conserua. Vale.

BENEVOLO LECTORI

S. D.

ECCE iàm in mundum proditum, quem non iactatus, sed pollicitus fui, Tractatum de Symbolicis Contractibus. Cætero vt is expolitus ad tuas deuenisset manus, diligẽtijs, sumptibusq; nullatenùs pepercisse confiteor, experior nunc verè, quod sicuti triticũ, & si absolutum ab omni commixta materia satum recolligere absq; palea in mundo nunquàm quis potuit, nèc potest, vel sicuti rationalis anima in corpus infusa originale peccatum agnoscere non desinit, sic impressio nunquàm in libris absque mendo sub prelo dijudicanda complectitur, & fuit vna ex causis me redens ancipitem in hoc scribendi munere: Vndè si impulsus, vt promissis sisterem, non modo me ancipitem sed præcipitem reddidit, ero certo certior à tua humanitate in eo, quod commune faciũt impressores in cõmixtione illa limpidissimi calami cùm atredine stillæ sub typi depressæ, excusatus, & si alter sis lector, qui ieiunus adhùc à principio generationis, & cognitionis, Ideam dicunt interpretes, aliquid incompatibilitatis concipies, saltim legendo, lolium à tritico vt seperes, deprecor, vtile quippè, & quod viride est retine, inane verò, & vacuum foras inculcandum emicte. Considera, quod labor in hunc nouissimum componendi tractatum in otio non fuit, ingenuequè affirmare non desino, me vt meis satisfacerem votis in symbolum Pythagoricum incidisse, & proindè me amare, & compati in hoc tibi relicto elogio, & si sine spiritu non absq; tamèn affectu, nè obliuiscaris. Vale.

Digitized by Google

INDEX
ARGVMENTORVM
QVÆ

Hoc opere continentur

TITVLI PRIMI.

TITVLI SECVNDI

tractu sit symbolus ratione mercedis non iustæ constitutæ, excutitur antynomia text. in l. conuenerit ff.communi diuidundo,& tex.in l. distinctio §.fin.ff. locat.

III.

Locatio mixta cùm quo sit symbola an cũ vulgari, an cùm venditione, vel cum emphyteusi,intricata quæstio.

IV.

An locatio sit symbola cùm venditione pluribus à non Domino facta.

V.

An locatio sit symbola cùm fructibus, an cùm interesse in casu non seruati contractus.

VI.

Vniuersalis successor an sit symbolus particulari successori in re locata,& conducta,conciliaturque antynomia inter tex. in l.si Domina C. de vsufruct. & l. si socerus C. de iure dotium cùm textu in l.necessario §.fin.ff. de peric. & comodo rei venditæ.

VII.

Accidens an sit symbolum in locatione, & venditione.

VIII.

Locator,& conductor in quo sint symboli.

IX.

Remedia an sint symbola inter locatorem, & conductorem.

X.

Exceptiones an sint symbolæ inter locatorem,& conductorem.

TERTII TITVLI.

I.

Societas, & communio an sint symbolæ.

II.

Societas conuentionalis an sit symbola societati vectigalis,& officij.

III.

Societas vulgaris an sit symbola cùm societate animalium.

IV.

Conuentionalis societas an sit symbola cum societate legali.

V.

Societas conuentionalis an sit symbola cum mandato.

VI.

Societas legalis an sit symbola cum mandato legali.

VII.

Symbola societatis, & mandati scientia, & patientia,ardua quæstio.

VIII.

Damnum, quod vni ex socijs contingit an sit symbolum cum damno mandatario contingenti quoad imputationem.

IX.

Diuisio inter socios cùm quo sit symbola ad dignoscendum si eijs competat restitutio ex capite enormissimæ læsionis ex Iustiniani constitutione in l. 2. C.de rescind. vend. examinatur decisio D.Gizzarelli 57.& partim defenditur, & partim confutatur ab Authore.

X.

Actio, an quæ datur socio in socium, sit symbola actioni, quæ datur mandatario in mandatarium, discutitur incongiliabilis antynomia, inter Caium in l. qui proprio §.fin.ff.de procurat.et Iulianum in l. qui duos ff. eod.

QVARTI TITVLI.

I.

Mutuum,et depositum an sint symbola ad intellectum tex.in l. 2. §. mutui datio ff. de reb. credit. et si cert. petat. et l. lucius ff.depos.

II.

Commodatum an sit symbolum mutuo, quid si potius deposito.

III.

An mutuum, et depositum ex neutro contractu sint symbola.

IV.

Creditor, & debitor in quo sunt symboli ratione mutui, et notatur mancipatio inter vtrumque.

V.

Depositum,et pignus in quo sint symbola et quid in eorum accidentibus.

VI.

Commodatum,et pignus,in quo sint symbola.

VII.

Mutuum,et pignus in quo sint symbola

VIII.

Pignus an sit symbolum cùm fideiussore.

IX.

Commodatum, et depositum in quo sint symbola.

X.

Contractus, et distractus in quo sint symboli.

In

In Congregatione habita coram Eminentissimo Domino Cardinali Caracciolo Archiepiscopo Neapolitano sub prima Decembris 1673. fuit dictum, quod R. P. Antonius Rossi reuideat, & in scriptis referat eidem Congregationi.

P. Scangata Vic. Gen.

Carolus Paladinus Soc. Iesu Dep. & Sec.

EMINENTISSIME DOMINE

IVssu Eminentissimi Domini mei Cardinalis Caracioli legi libenter tractatum de Symbolicis Contractibus, authore Alberto Alderisio, qui ex vero author est operis; cum centonarium minimè sit eius opus; sed auget re vera Iurisprudentiæ Thesauros, non modo noua methodo, eaque perutili; sed itidem nouis argumentis, atque iurium interpretationibus: cætero autem, cum nihil habeat aduersus sacram doctrinam, ac bonos mores, imprimi posse, ac debere, censeo, sub censura tamen Eminentissimi. Neap. ex Domo professa Soc. Iesu, die 4. Iulij 1674.

Emin. V. Humill. et Addictiss. Seruus
Antonius Rossi Soc. Iesu.

In Congregatione habita Coram Eminentissimo, & Reuerendissimo Domino Cardinali Caracciolo Archiepiscopo Neapolitano sub die 24. Iulij 1674. fuit dictum, quod stante relatione P. Antonij Rossi Imprimatur.

F. Scangata Vic. Gen.

Ioseph Imperialis Soc. Iesu Theolig. Emin.

Magnificus V. I. D. Bartolomeus de Luca videat, & in scriptis referat Suæ Exc.

Galeotus R. Carrillus R. Capiblancus R. Ortiz Cortes R. Valero R.

Prouisum per S. E. Neap. die 16. mensis Nouembris 1670. *Mastellonus.*

EXCELLENTISSIME DOMINE.

DVos tractatus, Exc. V. iubente, vidi vnum intitulatum continuationes ad Horatium Barbatum, alterum de Symbolicis Contractibus V. I. D. Alberti Alderisij, et ipsis percontatis nihil, nec in dictis continuationibus ad Horatium Barbatum de Assistentia, et alterum de Symbolicis Contractibus inueni, quod regali iurisdictioni repugnat; ob quod esse imprimendos censeo, si Exc. V. videbitur die 30. Ianuarij 1671.

Exc. V.

Deditissimus seruus.
Bartolomæus de Luca.

Visa retroscripta relatione imprimatur, verum in publicatione seruetur Reg. Pragm.

Galeotus Reg. Carrillus Reg. Capiblancus Reg. Ortiz Cortes R. Valero Reg.

Prouisum per S. E. Neap. 27. Februarij 1671. *Mastellonus.*



TRACTATVS
DE
SYMBOLICIS CONTRACTIBVS
AVTHORE
ALBERTO ALDERISIO I. C.

GENERALIA QVÆDAM

TITVLVS PRIMVS.

ARGVMENTVM.

Contractus Symbolicus quid in materia nostri tractatus.

SVMMARIVM.

1 *QVod actū est ex vna prima rerum materia, & substātia perpetua alteratione miscetur.*
2 *Materia prima quæ sit.*
3 *Forma potest considerari, aut vt substantia, aut vt accidens.*
4 *Quadriga nō dicitur, deficiente vno equo.*
5 *Homo dici non potest embrio.*
6 *Animalia vita carentia partem aliquam substantialem viuentis non habent.*
7 *Cadauer etsi imaginem hominis habeat, substantiam verò cadaueris retinet.*
8 *Forma informata est, cui ars additur.*
9 *Forma substantialis quæ.*
10 *Forma substantialis vniformis in iure quæ.*
11 *Forma est quoddam bonum Diuinum.*
12 *Negotia, si à definita qualitate deficiant, nec habeant formā requisitam, inutilia.*
13 *Forma à lege, vel ab homine introducta nullatenus violari potest.*
14 *Ius gentium in ius ciuile quomodo symbolizetur.*
15 *Vsus seruitutis cōtrarius formæ imposita*
16 *Forma accidentalis quæ.*
17 *Symbolum verum formatur à forma accidentali.*
18 *Apertio Testamenti, quando lex illam requirit, recipit eandem passiuam interpretationem pro forma accidentali, vt tot requirantur testes ad publicandum, quot ad conficiendum testamentum.*
19 *Modus quando specificè non seruatus inficiat actum.*
20 *Forma est legis, & hominis ordinata dispositio.*
21 *Princeps supplet formam accidentalem.*
22 *Princeps quando censetur derogare iuri publico.*
23 *Forma nō seruata quādo nō vitiat actū.*
24 *Inuenienda inuentis non obstant.*
25 *Inuentis vti, nunquam inueniendis, miserrimi ingenij est.*

A 26 Lauda

26 *Laudabilior est qui subtiliter factum inuenit eo, qui inuenta pertractat.*
27 *Manlius omnia pertractat.*
28 *Tractatus de Symbolicis Contractibus adhuc à nemine excogitatus.*
29 *Terminorum coniunctio; philosofici scilicet, & legalis notatur in symbolico contractu, & n.* 30.
31 *Legalis Philosophia exigentia non magis Stoicorum, quàm Peripateticorũ maxima est.*
32 *Quintum Tuberonum summum Iuriscõsultum Stoicum fuisse, refertur.*
33 *Seruius Sulpitius Princeps facillimè in dicendo, & omnium bonarum artium disciplinarum Rhodum se contulit, vt Milonum Stoicum audiret, quo melior, & doctior euaderet.*
34 *Termini dialectici differunt à terminis legalibus.*
35 *Credenti in verbo non deficiet verbum.*
36 *Symboli nomen aequiuocum.*
37 *Symbolum Apostolorum quod.*
38 *Symboli Apostolorum virtus.*
39 *Symbolum Nicenum quod.*
40 *Symbolum Diui Athanasij quod.*
41 *Symbolum Platonis quod.*
42 *Symbolum sumitur pro aliquo signo.*
43 *Symbolum quid in subiecta materia nostri tractatus.*
34 *Terra quomodo conuertatur in aquam.*
45 *Terra quomodo conuertatur in ignem.*
46 *Terra quando symbola in genere legali.*
47 *Aqua sicut terra symbolizatur de vna in aliam.*
48 *Fons Sacer.*
49 *Aer omnibus communis, eiusque effectus.*
50 *Cura maior adhibenda in purificando aerem, quàm in caeteris elementis.*
51 *Papa licet omnia possit percunnem vndam aeris reparare non potest.*
52 *Ignis in quo sit symbolus.*
53 *Ignis descriptio secundum D. Augustinum, & quid in calce num.* 54.
55 *Acetum remedium contrà ignem.*
56 *Symbolum aquae, & ignis quod.*
57 *Virtus occulta non datur in simplicibus, sed consideratur secundum symbolum.*
58 *Symbolum quid.*
59 *Contractus quatupliciter accipitur.*
60 *Contractus symbolicus quid.*

CAPVT I.

1 QVod actum est ex vna prima rerum materia, & substantia perpetua quadam alteratione
2 conuertitur, & miscetur. Est insuper materia prima, quae vnicuique transmutationi subijci potest, vel id, ex quo aliquid fit, vel fieri potest, *Caius in l. adeo, §. cum in suo ff. de acq. rer. domin,*
3 Forma vero est trãsmutatio nõ effectrix res ad inuicem à se ipsis distinguens, *d.l. adeo, §. insulam, & l. Iulianus, §. si quis rem, ff. ad exibendum*, considcratur in bono iure, aut vt substantia, aut vt accidens in corporalibus, & in incorporalibus, considerata vt substantialis dicitur illa, quae reducitur ad perfectionem, & consummationem cuiusq; rei, prout resquaequè habet definitam, & determinatam rationem, vel impositionem certis rebus, vel partibus absoluendam, *vt in l. si is, qui quadrig. §.*
4 *fin. ff. ad leg. falc.* vbi non dicitur qua-
5 triga, deficiente vno equo, nèc homo dici potest, qui in vtero adhùc embrio
6 est, nèc partes omnes hominis completas habet *text. in l. non sunt liberi, ff. de statu hominum, l. Iulianus, §. si quis. ff. ad exhibend. l. quod cert. ff. de posth. hared. instit.* Nèc animalia vita carentia formam aliquam substantialem viuentis
7 habent, prout in homine exanimo, quia tùnc licet is imaginem hominis habeat, tamèn substantia in eo cadaueris est *tot. tit. ff. de cadau.*

Exterior est figura in rebus corporalibus, cuius alteratio mutat rem à se ipsa, siuè sit substantialis, siuè accidentalis: Caeterùm intrinsecè mutata, magis res alteratur, veluti mutata vini bonitate, fit acetum, & desinit esse vinum, *l. in venditionibus, ff. de contrah. empt.* Item forma informata; idest cui res additur, quae rei dat nomen, si mutetur, remanet, quamuis eadem materiae substantia rem aliam constituat, vt postquam in scypho bibi non potest, non amplius scyphus dicetur, *l. Iul. § si quis, ff. ad exhib.* & facti argenti appellatio infectum non continet, *l. quintus Mutius, §. non autem, ff. de auro. & argento legato.*

9 In

9 In summa dicitur forma substantialis, quæ tendit ad esse rei,& aduenit rei existenti in potentia, vt dixit *Bald. transumptinè ab Arist.& Auerroe in l.uniuersa col. penul. C.de præscib. Imper. offerend. & in l. 2. C. quando prouoc. non est necess. & in l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verb. oblig.* quæ quidem forma substantialis dicitur vniformis, secundum *Bart. in l. sciendum in princ.ff.de verb.oblig. Cyn. in l.1.C.de contrah.& committ. stipulat.*

10 In iure poterit exemplificari in statuto dictante,posse fieri testamentum corā duobus testibus, recipiet lex ista formā substantialem à iure communi traditam in testamentis: vt scilicèt sint testes masculi,puberes,liberi,vno contextu adhibiti,de quibus *in l.hac consultissima, C.de testam.& in si it.quib.mod.non licèt facere testamentum*,vt per *Bald.in l.1.C.de Sacr. Eccles.& Doctores in cap.2.de testam.* Inquit enim *Aristi.in primo Phisicor:text.cō.*

11 81. Formam esse quoddā bonum diuinum,& maximè appetibile,quam quidē formam vnaquæquè materia appetit, sicuti fœmina marem,& vnumquodque, & sic ens denominatur à forma, tanquā ab vltimo perficiente,quæ dat esse rei,& conseruat rem in esse *Aristi princ.anditus naturalis,& 3.de anima*,concordant iura supra citata, atque vniones interire dicūtur: cum ex naturali forma decidunt solida, & dissoluuntur *l.seia,ff.de auro,&*

12 *arg.leg.*Nā & negotia,si à definita qualitate deficiant,nèc habeant formam requisitam, inutilia prorsùs sunt, vel in aliquam aliam naturam transeunt, *l. qui per salutem, ff. de iure iur. l. vbi ità donatur, ff. de donat.caus.mort.l. cùm precario, ff. de precario.*

13 Et vt nostris Symbolicis contractibus exempla adijciamus, consideranda est in illis forma à lege, vel ab homine introducta, vt nullatenùs violari possit, quin ipse contractus vim patiatur, vel mutationem; quæ neque additioni quidem,nèc detractioni locus est,quin aliàs aliud faciant, vt habetur *in l.pacta conuenta.ff.de contrah.empt.in l.si quam rem, ff.de rescind.vendit.* vbi Pomponius ait, *si quam rem à te emi, eandē rursus pluris, minoris uè emero, discessimus à priori emptione, potest enim dùm res integra est,conuentione nostra infectā fieri emptio,atq; sic ità cōsistit posterior emptio,quasi nulla præcesserit. Sed non poterimus eadem ratione vti,post pratium solutū,emptione reperita: eum post pratium solutum infectā emptionem facere non possumus*, & explicemus in subsequenti cap.

14 Sic etiam symbolizatur ius gentium in ius ciuile, secundum Vlpianū *in l.ius ciuile,ff.de inst.& iure*, quando iurigentium aliquid addatur, vel detrahatur, quamuis illud à iure gentium non omninò recedat, neq; per omnia illi inseruiat,atque ita transfusio vnius formæ in aliam nouum ius facit, & figuram constituit nouam, quæ priorem elidit, vt actio ex stipulatu addita constitutioni dotiū perimit rei vxoriæ actionem,*Ias.in l.1.§.non autem,& §.nemo putet, C.de rei vxor,act.*& quomodo id erit infra in suo peculiari loco (Deo fauente) dicemus.

15 Vsus etiam seruitutis contrarius formæ impositæ in constitutione tollit seruitutem, veluti vsus seruitutis nocturnę amittitur,diuturna constituta,*Paul.in l.si prius,ff.de aquapluuia arcenda*, & ratione formæ substantialis,ad quam hæc pertinent, vel ad intrinsecam, ratione cuius rei esse debet,vel ad extrinsecam ratione cuius talia, qualia sunt esse propria figura,& contrahere dicuntur,secūdum *Petrum Gregor.Thol.Syntagm.iur.ciuil.vniuers.lib.1.cap.11.sub num.2.*

16 Forma verò accidentalis est obseruātia quædam superueniens post actum, & quæ non dat substantiam rei ipsi, quæ iam est; sed benè potest requiri ad confirmationem rei in esse deductæ, vel ad vtilitatem cōsequendam, vt per *Bald.in l.vniuersa,& in l.2.C.quando prouoc.nō est necessè*, & præsertim illa quippè est,quæ adesse,& abesse potest absq;subiecti corruptione: nēpè sine corruptione formæ essentialis,& intrinsecæ,vt doceri potest exempli Iudicij, quod idē est, & si locū mortui Iudicis alius subrogatur,vt probat *I.C.in l.proponebatur, ff.de Iudic.*

17 Hoc genus accidentis plus, & minus continet tantum,ratione quorum rei nō cōstituitur differentia à se ipsa,nèc actus diuersitas,*l.fin.ff.de fund. instruct.* neque additium formæ rem mutat, & ex hac forma formatur nostrū symbolum,quod

in propriam intrinsecã formã transit ex integro priorem, mutãdo aliã rem à se, sed accidentalitèr, non substãtialitèr facere, vt *ab Arist.* mox infrà citando edocemur, & habetur *in l. si statuam, ff. de auro, & argento legato*, præsertim in nomine, quod secundum plus, & minus variè impositum est secũdum numerum, & secundum varia accidentia: veluti agris dimisis, iugerum diuersa appellatio *d. l. adeo, §. in insulam, ff. de acq. rer. domin.*

18 Apertio enim in testamento, quando lex illam requirit, iuxtà *l. publicat. cum ibi notatis, C. de testam. & l. 2. cùm toto tit. C. quemadm, testam. aper.* tùnc recipit eiusdẽ passiuam interpretationem pro forma accidentali, vt tot requirantur testes ad publicandum, quot requiruntur ad conficiendum testamentum, & meliùs in iutimatione actuum post actum requisita, quæ dicitur sollemnitas effectum inducens, non substantialis causa actus, *l. Sancimus, l. data, & l. hac sacratissima, C. de donat*: qualis ciuilitèr coerctio hæredis de restituendis vsuris à testatore exactis illegitimè, quæ ad testamẽti effectum accedit *cap. quamuis de vsur. in 6.* vel etiam in modo aliquo, qui non haberet alium
19 finem, quàm simplicem obseruantiam ipsius modi; tùnc modus ille censebitur traditus pro forma, qua specificè non seruata, corruit actus, vt post *Alber. Brun de forma, & sollemnitate in rubr. quando censeat: aliquid pro forma concl. 12. col. 7. vers. aliquando videtur modus*, tradit, & exemplificat *D. Reg. Rouit. super pragm. 1. de Guidat. sub num. 35.* & proindè solet dici, quod vbi forma, & effectus discrepant inter se, in ratione formæ tanquàm potentioris, nomen resumit à forma, *l. an*
20 *vtilis, ff. de accept. l. ius ciuile. ff. de inst. & iur.* à qua forma nullatenùs recedi debet: cũ sit legis, vel hominis ordinata dispositio veros habens fines, *l. certa forma, C. de iure fisci, l. constit. ff. ad mun. cap. cum dilecta de rescript. cap. Pisanis de restit. spoliat, & cap. venarabili de offic. & potest. Indic. ordin.* quod perpetuum verum est, testatur *Petrus Gregor. Thol. d. cap. 1. sub num. 9.* nisi in tribus casibus.

21 In primo, si actus fiat ex certa scientia contra formam ab eo, qui potest, quãdo vult, sollemnitates, vel supplere, vel immutare, quemadmodũ præsentia ipsius Potestatis, qui publicam gerit authoritatem. *§. sed quod Principi instit. de iure nat. l. 1. ff. de cõstit. Princ. l. vnica, ff. de offic. Praefect. Praet.* supplet sollemnitates testamẽtorũ omissas, quamuis illæ iuris publici sint, *l. 3. ff. de testam.* dummodo Potestas
22 expresè, vel actu ipso deroget scienter, alioquin Potestas suis rescriptis iuri publico, aut eius sollemnitatibus non tenetur derogare *l. fin. C. si contrà ius, vel vtilit. public. l. damnosa, & l. rescripta, C. de precib. Imper. offer.*

23 In secundo casu, si quod additur formæ non diuersificando: sed in eundem finem conspirando, tùnc non vitiat, sed coadiuuat tanquam forma formæ addita, secundum *gl. in cap. inducens in verbo clementior 22. q. 4.*

Tertio, vt si sine periculo forma non possit adimpleri expresè, sufficiet eam adimplere per æquipollens *cap. statutum de offic. deleg. in 6.* nempè in publicatione beneficiorum, quæ exigit formã, vt publicentur in locis, vel templis Sacerdotum, si tuto is locus adiri nõ potest, alibi publicari potest, *Ludou. Roman. sing, 431.* sic in vocatione iuris experiundi causa faciẽdi ex forma in loco domicilij cũ periculo, vt alibi fieri possit dispẽsetur, *glos. Clem. 1. de foro compet.* quod in appellatione significanda receptum est *Clement. causam de elect.*

24 Hæc omnia in iure philosophicè adinuenta nostris nõ obstant inueniendis, vt dicere solebat etiam *Baldus in pròem.*
25 *decret. col. 2.* cũ miserrimi ingenij sit sẽper inuentis, nunquàm inueniendis vti, nèc vlli post mille sæcula nascituro aliquid postremo adijciẽdi, *Seneca epist. 65.* occasionẽ precludi ex multo, quod ad-
26 hùc superest, ac in posterum supererit, laboris; existimauit, *& ad Lucullũ epist. 5, omnibus veritas nondùm est occupata, & multum de illa, etiam futuris relicta est*, scribit etiam *Seneca*; cùm vtiliter agat is, qui subtilitèr factum inuenit eo, qui inuẽta pertractat, nihilque refert, esse omnibus negotium vnũ, sed vni, quod magis, negotia omnia, vt de Manlio scribit
27 *Tullius 5. de orat.* qui non solum ad astãtes, & deambulantes de iure ciuili, sed etiam de filia collocanda, de emendo, &

agro

agro colendo, de omni deniquè, aut officio, aut negotio referebat, prout è cōtrario, nèc etiam omnes in omnia, sed certi per certa, vt vel meliores, vel deteriores inueniantur.

28 Nulla propterea admiratione afficiēdus quispiam, siquod in iure expressè rubricatū, nèc per Doctores peractum, nequidem excogitatum, nos peragere perficereq; auxi sumus, non vt laudabiliores, subtilioresq; emēdatores, aut vt nobis negotia omnia, & certi per certa habeti videamur, sed vt perpetuò à subtilioribus, melioribus, emendatioribusquè

29 emendemur in coniunctione termini Philosophici cùm termino legali, nempè *symbolicis, & cōtractibus, Symbolicis*, adiectiuè, *Contractibus*, substantiuè, *symbolum* ad Philosophum spectans, vt apud *Arist. de generat. & corrupt. cap. de elem. permut. comment. 25.* sic tale verbū notāt ex nostratibus *Anch. conf. 422. nu. 4. & Raud. de Analog. et aquin. in repertorio in verbo symbolum*, & communitèr Doctores *in l. centurio ff. de vulg. et pupill. in princ. et infrà* in explicatione sui æquiuoci nos mox clariùs dicemus.

30 Contractus verò ad legalem Philosophiam spectans, *l. Labeo, §. contractus, ff. de verb. sign.* vt exindè symbolici legales contemplatores erudiores ex præcognitis principijs Philosophicis scilicèt, & legalibus reddantur.

31 Cùm maxima sit nè dicā Peripateticorum dogmatum, sed quod magis stoicorum legalem Philosophiam profitentium exigentia, vt perbellè apud *Decian. in Apologia aduersus Alciatum cap. 5. nu. 6. vers. constat enim impress. post 3. volumen suorum respōsorum*, vbi subdit, *text. in l. 2.*

32 *§. post hos ff. de orig. iur.* & per illum textum locutum Pomponium quintum Tuberonum Summum Iuris Consultū Stoicum fuisse, & Seruius ille Sulpitius Princeps facillimè in dicendo, & omniū bonarum artium disciplinarum, secundum *Tullium in Brutos*, Rhodū se contulisse, vt Milonum Stoicum audiret, quo melior, & doctior euaderet; Caius Sulpitij Auditor Antistius Labeo, qui plurima in Philosophia ad iuris scientiam illustrādam attulit, multaque ingenij facilitate, & doctrinæ fiducia, quòd præceteris sapientiæ operā dederit, innotuit, illustra-

33 uitque. Non quod non sit verum, differre terminos iuris ab illis dialecticis, quia quod species in Logica genus in lege *gl. 1. in l. 2. ff. si cert. petat.* & quod vinum mixtum cito inebriet, sed eo solùm: vt sit eiusmodi cognitio ceù lucerna domui, quæ posita sub candelabro præbeat lucē omnibus in ea habitantibus, acuendo, & perficiendo profitentium ingenia, nèc

34 in hoc in aliquo me terret desperata prolixitas: quemadmodum credenti in Verbo non deficient verba.

Verba nunc igitur dicturus de huiusmodi sic commixta materia, si bene cōueniat titulo præsentis tractatus inscriptio: est loco præludij inculcādū, dignoscendūque principalitèr, & in primo loco, quid sit *symbolum*, deindè quid sit *contractus*, vt ab eorum notione dignoscat facillimè quispiam, quid postmodū sit symbolicus contractus.

36 Symboli nomē est æquiuocum, sumitur pluribus modis, diuersimodè significans. Primo sumitùr pro symbolo Sāctæ Romanæ Ecclesiæ, & est triplex: Vnum est Symbolum Apostolorū, quod vocatur symbolum minùs, & hoc ex institu-

37 tione Damasi Papæ dicitur tacitè per ferias in singulis horis canonicis, diciturque à *Syn.* quod est *con*, & *bolos*, idest *sententia*, ex quo ex diuersis verbis, & sententijs compositum, & vna sententia comprehenditur cōtinens, sicut in festiuis conuiuentes offerre solent *bolos*, idest frustra carnium, & panes, qui in vnum collecti *symbolum* vocatur, idest collatio minutiarū *cap. oportet 43. dist.* sic omnes

38 Apostoli vnam concorditèr fidem prædicantes post ascēsum Spiritus Paracleti, symbolum minus componentes, vnusquisque *bolum*, hoc est particulam vnam adhibuit, de quo sensit *S. Aug. tract. de tēpore lit. E. n. 149.* dicens, *hoc symbolum continere breuitèr complexam regulā fidei, mentem instruens, memoriam nō onerans, paucis verbis dicatur: vndè multum acquiratur*, & inter cætera continet hoc symbolum articulum illum fidei de bonis, & malis operibus hominum, secundum *Menoch. conf. 82. num. 11.*

39 Secundum Symbolum est Nicenum, prout patet *in cap. 1. 15. dist.* quod incipit

Credo

Credo in vnũ Deum:& hoc similitèr Damasus Pada ordinauit in Missa alta voce decantari, vel potiùs Marcus Papa Primus,& dicitur symbolũ maius,quicquid dicat *Menoch.de arbitr.casu* 158.*num*.34. hoc symbolum fuisse editum in Cõcilio Constantinopolitano,& in isto symbolo fuit declaratum, Spiritum Sanctum ab vtroque procedi,à Patre scilicèt,& Filio, contrà Grecorũ sententiam, vt *in l.nullus in verbo pueri,C.de summa Trinitate, et Fide Catholica*,habetur *in vlt.cant,decret.in cap. de Spiritu in gl.pen.*

40 Tertium Symbolum est Diui Athanasij Patriarchæ Alexandrini in Ciuitate Treueri compositum, & incipit, *Quicumque vult saluus esse.*

41 Quartum,& vltimum addo ego Symbolũ Platonis, ex quo fuit probata eius Diuinitas,secundùm *Boer.de disciplina Scolarium*, quando inuentũ fuit in lamina aurea super eius pectus talitèr inscriptum. *Credo in Cristum nasciturum de Virgine, passurum pro humano genere, et tertia die resurrecturum*,vt refert *Gugl.de Bened. in repet. cap.Rayn.in verbo mortuo itaque Testatore el* 1.*sub num*,261.

42 Secundo sumitur Symbolum pro aliquo signo, sicuti Ciconia dicitur Symbolum Pietatis, Pepauer fertilitatis, Cicada Nobilitatis, Candor Sapientiæ, Lumen Iustitiæ, & Fidei, Nox infidelitatis, ignorantiæ, & impietatis: vt refert *Polyd.Ripa de nocturno tempore cap.* 173. *tit. de Symb.* & quid denotat symbolum Pythagoricum,*Cor edendum non esse*,vide *Marcum Mantuanum Bonauid. in sua Polym. lib.* 4.*cap.* 11. hoc est curas abigendas esse, nèc se ipsum afficiendum esse curis quod,& Phocylides adiecerat propè ignem sedentem non debere in vanum cor minuere: vel etiã pro Hyerogliphico, vt *in Oristo Apollinis Niliani de sacris notis vbi subtilia per totum.*

43 Tertio,& vltimo,omissis alijs,symbolũ in casu nostro sumitur pro portione, siuè adequatione, nempè elementorum aliqua inter se sunt symbola adæquationis,& proportionis scilicèt ratione,& facillimè de vno ad aliud fit transitus, vt puta aqua symbola facillimè transmutatur in aerem,aerq; in aquam,ratio est, quia symbolum est in eius ratione adequationis,& proportionis,sic de terra,& igne: tametsi aliqui affirment,nunquàm terram fuisse cõuersam in aquã,& ignẽ, Quorum pace, licèt modernissimorum, agnoscimus adhùc terrã in aquã:& ignẽ conuerti posse,& cõuersã videri,& pati.

44 Probatur primo, terram posse conuerti in aquam,quatenùs ex solido fit liquidum distinctũ à fluuido, & humido, fluuidum enim conuenit igni, liquidum aquæ, & humidum aeri:aer enim humidior est aqua,quia magis non cõtinetur termino alieno, sicut aqua non tamen magis humida etsi madefaciat: Vndè terra eo magis, quo rara fit,in aquã cõuertitur, probat hoc *Gregorius Nasenine cap.4.de elem.*dicens,quod aqua est Domina Elementorum, de qua dici potest, quod vbi vult agitnã crascessens terra fit,rarescens aer,& in maiorem subtilitatẽ attenuata transit in ignẽ;Ideò Orphici,& Symbolici cõtemplatores summũ bonum,imò omnium bonorum Oceanũ factricem,conseruatricemque omnium, dixere, vt aduertit *Ant. Mersil. Columna Hydrogil: siuè de aqua benedictà sect.* 1. *sub num.*16.*et seq.fol.meo* 17.Si ergo natura suaptè, à quo principiũ habuimus, in eundem dissoluimur finẽ,ratione potentiæ,& actus,cur terra, quæ ab aqua fieri potest,ad aquam conuerti non valeat? vt puta, quæ in potentia est reduci non possit ad actum.

45 Probatur secundo, terram posse conuerti in ignẽ: nàm sulfur quid aliud est, quàm in potentia ignis, & tamen sulfur terra est ex maxima raritate, & siccitate facilis conuertibilis in ignem, sic etiam terra in aquam, & ignis in aquam: nàm quemadmodũ terra,& aqua per rarefactionem conuerti possunt in ignem, sic etiã conuerti potest ignis ingrassatus in terram,& aquam,vt contrariorum eadẽ sit disciplina,& virtus,& quod ignis cõuertatur in aerem, experientia patet in flamma, quæ nihil aliud est, quàm aer ignitus, vt patet ratione sui symboli, & videtur tanquàm obiectum coloratum ab igne,& proindè fatendum est, omnia elementa esse symbola, & ad inuicem transmutabilia ratione potẽtiæ ad actũ, & conseruantur;non vero destruũtur ad inuicem vicissitudinis motu contentiuè,

scilicèt,

scilicèt, non effectiuè, nêpè quod effectiuè terra moueatur de loco ad locum, & sic aqua, ignis, & aer, sed benè contentiuè, vt vnum contineatur ab altero, & trāsumptiuè ex symbolica vicissitudine. Vnde benè *Ouid.cecinit lib.15. Metham.*

Quæ quamquàm spatio distent, tamen omnia fiunt
Ex ipsis, & in ipsa cadūt, resolutaq; tellus
In liquidas rarescit aquas, tenuatur in auras,
Aeremquè humor alit, dempto quoque pondere virtus.
Insupèr aer tenuissimus amicat ignem.
Inde retrò redeūt, idemq; retēditur ordo:
Ignis enim dēsū dissipatus in aerē trāsit
Hinc in aquas, tellus glomerata cogitur vnda.

Sed potest in bono iure, secūdùm nos loqui debemus, sustineri ex Vlpiano *in l.1.§.pen.ff.de via publ.* terram esse puram ab omni alia commixtione absolutā distinctā à calculosa, arenosa, putre, nigra, & id genus, cùm locus etiā purus dicatur, qui neque Sacer, neque Sanctus, neq; Religiosus est, sed ab omnibus absolutus, secundùm eundem Vlpianū *in l.2. §.pu-*
46 *rus, ff.de relig. & sumpt.fun.* Cæterùm hoc non facit, quo minus terra non sit symbola etiam in genere legali: quemadmodū de Philosophico diximus: nàm hæc terra pura ab omnibus suis qualitatibus legalibus absoluta potest, accedente vna forma, in aliam symbolizari, nempè eadē terra, quæ pura erat, symbolizetur in calculosam, arenosam, putrem, nigram, noualem.

Integra terra est, in quam dominus nondùm pecus immisit pascendi causa, *l.sylua cedua §.noualis, ff.de verb.sig.* Vndè pecode immisso, transit in terram scommissam, sic etiam potest symbolizari in noualem nuperrimè proscissam, aratro nūc primùm apertā, *cap.1.& cap. quid per nouale de verb.sign.cap.tua §.1.de decimis.*

47 Sic etiam aqua sicut terra per accidētia symbolizatur de vna in aliam, nàm si de cælo profluit, siuè pperuo flumine labatur, aut aliter, pluuia dicitur, *§.& quidē de rer.diuis.instit.l.1.ff.de aqua pluuia arcenda*, quæ si in aliquo loco cōcludatur dicitur aqua stagnans, qualis in stagno, lacu, fossa, & piscina, vt *in l.1.ff. vt in flum.publ.non.loc.* & opponitur aquæ viuæ, quæ non à cælo cadit, sed ex terra nascitur, veluti in fōte, vt *in l.1.ff.de fonte*, vel etiā in puteo, qui ex suis curriculis aquas recipit, quæ & viuæ ea ratione dicuntur, prout nominauit Vlpianus *in l. is, qui in puteū, ff.quod ui, aut clàm*, quādo potiorē agri dixit aquā viuā, adnotauit *Petr.Gregor.Tholos.Syntagm. iur.ciuil.vniuers.lib.1.cap.3.n.2.* Puteus enim à potādo dictus, & in famosiori vocabulo prædicatur de sacro, quia Christus D.N.in Samaria super ipsum sederit, & ideò Sacer, quia tactus à sacro, & etiā apud priscos fons dicebatur Sacer, iuxtà illud:

Et fontes Sacros frigus optabis opacum.

In quo quidē puteo Christus Samaritanæ aquam viuā promisit de seipso dicebat, ad differentiam aquæ putei, quā auriebat Samaritana, velut sæculi voluptas posita in hydra cupiditatis, secundum, D. Aug.*tom.3.num.30. lit.C.* à fontibus scaturiens ex perpetuo fluxu transit in flumē, quod tamē differt à riuo, aut magnitudine, aut existimatione circumcolentium, ac de fluuio *in* Torrētē, *de torrente in viam bibet. psal.*109.hoc est patietur in tempore, quod tantum hyeme fluit, æstate arescit, *l.ait ergo Prætor. ff. de riuis.*

48 Aer itidem est, qui omnibus communis est, siuè bonis, siuè malis, vt *in l.1.ff.de rer.diuis.* tùm corporū, tùm spirituū nostrorum elementum adueniens, qui euitari nequit, quamdiù respiramus, & viuimus, cum cōtinuè adhæreat, nèc alterationem eius in inspiratione effugimus secūdū *Galen.Therap.cap5.& de fund.lib.3.sanitatis lib.8.Hipoc.de aere, & aquis.* Necessarius quippè est aeris ingressus cordis refrigerādi gratia, ex quo animalia, quæ cor habēt, quod insiti caloris fōs est, egerit illa refrigeratione, & proindè pulmones dati vt folles, nèc absque respiratione diutiùs loqui possumus, & cū spiritus, qui in pectore est, consumitur, egemus alterius attractione ad vocem alendā: nisi piscibus, qui cor, neque pulmones habēt, & ideò muti sub aquis, *Arnaldus de Villanoua in 1. tract. medicinæ dist.3.par.1.cap.4.de signif.rer.nō naturaliū*, dicēs, quod tribus modis affici potest corpus. Primo per qualitates actiuas frigidi, calidi, humidi, vel sicci; Secundo subtili-

Digitized by Google

ſubtilitate, & denſitate reſpirationis. Et demum tertio per lucem,& tenebras:vndè aer immūdus,& putris ſuffocatus eſt, humores putrefacit corporis,cor inficit, morbos peſtilētiales creat, iuncturas laxat,ſitim auget,ſpiritus deiecit,colorem alterat, deſipientiam cauſat,fruges corrupit,ardorem in pectore facit, linguæ ſiccitatē inducit,vomitū prouocat, & in morbis, ſi quid Diuini acciderit, lætale.

50 Proindè maior cura adhibenda erit in purificando aerem,quo abſque differentia ſpirant Papa,Rex, prout & viliſſimus homo, quàm in cæteris alimētis, in quibus particularis poteſt adhiberi cura, prout in habitatione, pane, aqua, vino, carnibus,& ſimilibus,quæ peculiari modo poſsūt comedi,inhabitari, & potari,

51 accedētibus flagrātioribus ſaporibus,& condimento, & mira ſtructura potiùs à Papa, vel Rege,quā à Ruſtico adhibitis: in aereverò ſecùs, & ſi Papa omnipotēs adhibeat omnia mundi aromata,nō poteſt perennē vndā aeris reparare, quando inficitur,& corrūpitur,ad cuius aeris regimen ſunt adinuenta tot interdicta, de quibus apud *Tholoſ.loco cit.*

Et de igne etiam ſymbolicè patet in iuris corpore,illumque innocentem, vel nocentem eſſe,aſſignāt intetpretes,Innocens,qui per ſe nocere nō poteſt,niſi caſu fortuito noceat, nocēs, qui poteſt facilè nocere,vel ſui magnitudine,vel ratione loci,vbi ſit,vel ob ea,quæ ante eū tractātur,& agūtur, veluti ſulfurea ſint, vel facilè flammam concipiant, hoc nō ex culpa ignis,quia bonus eſt, pulcher, & laudabilis,ſed rectè quidē ex culpa ac-

52 cedente. *Quid enim eſt igne flammante* (dicit *Auguſtinus de Ciuitate Dei tit. de vna bonorum,malorumque Angelorum natura lib.5.cap.4.folio meo* 104) *Quid enim eſt igne flammante,vigente, atque lucente pulchrius? Quid calefaciente, curante,quoquente vtilius? Quamuis eo nihil ſit vrente moleſtius. Idem igitur ipſe penaliter appoſitus perniciofus eſt, qui conuenienter adhibitus commodiſſimus inuenitur: Nam eius in vniuerſo mundo commodū verbis explicare quis ſufficit? Nec audiendi ſunt, qui laudant in igne lucem:ardorē verò vituperant: videlicet non ex ſui natura, ſed ſuo commodo,vel incommodo: Videre enim volunt,ardere nolunt. Sed parum attēdunt cùm ipſam lucem, quæ certè, & illis placet, oculis infirmis per inconuenietiam nocere, & in illo ardore,qui eis diſplicet,nonnulla animalia per conuenietiam ſalubriter viuere*, hæc D. Auguſtinus.

54 Symbolizatur hic ignis in calcem viuam, velut ipſe ignis latens anima ſit inuiſibilis viſibilis corporis,nō abſque miro,quod cùm extinguitur,tùnc accēditur,vt enim occulto igne careat,aqua infunditur,& aqua perfunditur,& cum antea aqua ſit frigida:indè feruēſcit: Vndè feruentia cuncta frigeſcunt,exalante illa glebe,diſcedens ignis,qui latebat apparet,& deindè tāquàm mortua ſic frigida eſt,vt adiecta vnda non ſit arſura,& quā calcem vocabamus viuam,vocamus extinctam,quod mirabile ſymbolū de calce viua in mortuā, de igne latēte in apparentem, de aqua frigida in ferueſcentem non inuenies, ſi oleum,& non aquā effunderes, & ſi oleum magis fomes ſit ignis, tamē in hāc calcē profuſū nō ferueſcit eiuſmodi cauſa, de aqua in calcē aſſignatur ab *Ariſt.* 4. *Metheor. in textu quæ autē*, & *de partibus animalium lib.* 2. *cap.*2. relato per *D. Rouitū in deciſ.*59. *in* 1. de oleo,cur hoc non cauſet;nō eſt qui rationē aſſignat,eſt ideo, quia ignis magis ab eo tāquàm humido nutritur, quā extinguitur: Vnde poteſt dici de aqua frigida,& igne in calce.

Dà ella al foco il freddo,il foco ad ella
Rende il feruido ardore, e la facella

55 Et contra incendium optimum eſt remedium aceti:Ideò boni Patres familiis acetum paratum habere debēt incendij extinguēdi cauſa,vt notat Vlp. *in l.quæſitum* §. *acetū quoque ff.de fund: inſtruct.* dummodo non ſit ignis cælitùs emiſſus ob aliqua ſcelera noſtra,prout de igne à Domino excuſſo inNadab,et Abiud,*Leuit.cap.*20.quādo conſumatæ fuerūt Ciuitates ſeptem ob ſcelus infandum,*Gen. cap.*19.quādo excīſſi iuſſu Eliæ quinquaginarij,*Reg.*4.*cap.*1. & plurima alia exēpla,inter quæ expectamus illud in cōſumatione ſæculi; quoniam tùnc nullum præualet humanum remedium, niſi ſola pœnitentia ad placandam Dei iram.

56 Eſt ſymbolum etiā aquæ,& ignis bonorum, & malorū cōmunium in coniugibus,quando in illa cumulata ſocietate olim

Digitized by Google

olim nuptijs coniungebantur, & aquæ ammotis misterijs vincebantur, vt habetur in textu *in l. pæn. ff. de donat. inter vir. & vxor.* iuxtà illud Ecclef. 13. *Ecce apposui tibi ignem, & aquam, vitam, & mortem, porrige manum ad quod volueris.*

57 Hinc est, quod calx, piper, crocum, & cætera alia, quæ calida considerari possent, etiam vt octo, non est quid in eis sit virtutis occultæ, vt aliqui putãt, sed symbolicè in materia benè adæquata, & dispositia ex igne illo latente ortum habere, quod si in cæteris simplicibus alitèr se habeat effectus, est quia in eis considerātur magis, & minùs symbolizatorum prędominium: Vnde si prædominatur in gradu frigiditas, frigidæ naturæ erunt simplicia, si caliditas calidæ naturæ, & sic de singulis, non quod in simplicibus non concurrant magis tamen, & minùs omnium symbolizatorum potentiæ, aliàs si in solo simplici concurreret solus ignis, in quo humido benè adęquato quiesceret ignis? si solum humidum, in quo termino terminaretur humidum: & sic omnium symbolizatorum in vno solo simplici concurrere habent secundùm magis, & minùs, vt fit contentum, & continens. Sic magnes, cuius proprietas est attrahere ferrum, id etiam non ex virtute occulta, sed magis ex symbolizatorum adequatione fieri, & experiri oportet, prout calidum attrahit humidum, fit hoc, quia calor benè symbolizatur cùm humido, vt is quiescat in eo. Magnes ex symbolizatis adequationis, & proportionis ferrũ trahat, & nõ trahatur ab eo, quia maioris est adequationis, & proportionis attractiuæ in magnete, quàm in ferro, cur hoc, quia magis attenuantur media per dispositionem à magnete ad ferrum, quàm de ferro ad magnetem ex potentia benè disposita magnetis ad ferrum.

58 Vndè meritò symbolum esse debet *adequata potentia apta ad operandum diuersimodè in tempore, iuxtà dispositionem secundùm magis, & minùs.*

59 Contractus etiam diuersis accipitur modis in iure nostro: nàm accipitur primo in latissima significatione, & tũc in se continet quasi contractum, *l. qui cùm alio, & l. contractus, ff. de reg. iur. l. interdùm, §. vlt. & l. omnem, ff. de Iudic. l. ex contractu, ff. de act. & oblig.* cùm concordantibus, de quibus apud *Mant. lib. 1. tit. 2. sub num. 15.*

Secundò sumitur contractus in lata significatione, & tùnc continet in se etiam pactum *gl. in l. 1. in princ. in verb. pinguius in fine ff. de act. & oblig. Bald. in rubr. C. de pact. conuent. in 1. & in cap. quintauallis n. 2. in fine de iure iur. & in l. lect. col. 3. ff. si cert. petat. Iaf. in l. iurifgent. §. sed non nulla vaf. tu aduersè ff. de pact.*

Tertiò sumitur abusiuè, nempè in extranea significatione, & tunc continet in se etiam testamentum, & cæteras vltimas voluntates, *l. eadem, ff. de duob. reis, glos. in cap. 1. de testam. auth. Sacramenta puberũ in verbo super contractus, C. de pact. iur. firm.*

Quartò, & vltimo contractus sumitur in strictissima significatione, & tùnc solã conuentionem significat, quæ vltrò, citroque obligationem parit *l. labeo, §. contractum, ff. de verb. signif.* proindè benè in genere describi potest, quod sit actus vltrò, citroque obligatorius *d. l. labeo.*

60 Contractus nunc symbolicus est *actus adequatus vltrò, citroq; obligatorius habilis ad operãdum diuersimodè in tempore, iuxtà dispositionem secundum magis, & minùs,* & sicuti conuertuntur elementa vicissitudine, vt supra probauimus,ità contractus conuertuntur, diuersis adiectis quæstionibus, causis, & temporibus, prout in specie adnotauit. *Parlad. rer. quotid. cap. 2. sub num. 15. folio meo 190.* licèt non dixerat secundum symbola.

A R G V M E N T V M.

Contractus an Symbolus ratione formæ, & causæ.

S V M M A R I V M.

1 *Ciuilis potestat humano generi incognita quando communis erat libertas.*
2 *Obligationes naturales à quo principium habuerunt.*
3 *Deus fecit hominem similem sibi.*
4 *Deus reseruauit sibi decimas in insignum supremi dominy.*
5 *Abraham dedit Deo decimas.*

B 6 *Fa-*

6 *Farisæus cur nõ fuerit iustificatus à Christo.*
7 *Pes meus quicquid calcabat meum erat.*
8 *Contractus, & seruitutes quo iure introducti, introductæuè.*
9 *Naturalis obligatio formam habebat ab æquitate.*
10 *Ius ciuile quid*
12 *Iudicia, & sollemnia iudiciorum quando adinuenta.*
13 *Ius ciuile quibus contractibus nec assistit, nec resistit.*
14 *Pactum differt à pollicitatione.*
15 *Pactũ est generalius nomẽ, quàm cõtractus.*
16 *Azor. instit. moral. par. 3. lib. 6. cap. 13. tit. de contract. confutatur ab authore.*
17 *Conuentio in quo differt à pacto.*
18 *Contractus, qui in se non habet obligationem nullum parit effectum.*
19 *Promissio non continet conuentionem.*
20 *Pactum vt nascatur, quid in se habere debeat.*
21 *Pactum dicitur à Pango, pepigi, firmo, figoq;*
22 *Obligatio nulla exoritur à pollicitatione, nisi fiat ea ob publicum honorem.*
23 *Debitor de iure gentium, quando quis dicatur.*
24 *Fides datio, & receptio sunt modi præcipui ad perficiendum pactum.*
25 *Pactum, & conuentio non differunt in materia obligatoria.*
26 *Iustitia quomodo laceratur.*
27 *Isocratis admonitio.*
28 *Pacta seruanda inter hostes.*
29 *Nomen promissionis generalius nomine conuentionis, quomodo intelligatur.*
30 *Contractus innominati sunt quorum effectus cognoscuntur ab adimplemento.*
31 *Contractus innominati debiliores natura pacto nudo.*
32 *Contractus innominati quatenus, recipiunt formam, & causam, symbolizatur ad inuicem.*
33 *Contractus innominati an sint symboli præter eos.*
34 *Contractus,* do, & reddes *an sit symbolus.*
35 *Contractus* do, vt des, *an sit, si do tibi pecuniam, vt rem mihi dares.*
36 *Contractus innominatus quando sit symbolus permutationi.*
37 *Contractus* do, vt facias, *cuius symboli, & num. 38. & 39.*
40 *Contractus* facio, vt des. *quando actionem de dolo pariat.*
41 *Factum pro infecto haberi nequit.*
42 *Actio ad exibendum quando competat.*
43 *Factum quando sub conditione adimpleri dicatur.*
44 *Actio in factũ est generalior actione de dolo.*
45 *Actio præscriptis verbis non semper datur ex contractu,* facio, vt facias.
46 *Actio præscriptis verbis est ciuilis.*
47 *Actio innominata est symbola facto in facto.*
48 *Pactum nudum quod.*
49 *Contractus correspectiui quomodo cognoscantur.*
50 *Contractus innominati quando sint symboli contractibus nominatis.*
51 *Non factum quando pro facto habetur.*
52 *Pactum nudum, siue nuda conuentio nullam parit actionem.*
quid de iure canonico num. 53.
54 *Pactum, & Pollicitatio non sunt synonima, sed symbola.*
55 *Pactum in quo differt à stipulatione, & pollicitatione.*
56 *Promissio facta præsenti, & tacenti, an sit pactum, vel potius pollicitatio, an sit propriè contractus num. 57.*
58 *Contractus quid.*
59 *Pollicitatio facta Reipublicæ, an obliget, & num. 60. & 61.*
62 *Obligatio ex pollicitatione non nascitur etiam de iure canonico.*
63 *Promissio facta Deo dicitur votum, facta verò homini dicitur pollicitatio.*
64 *Correctio iurium non inducitur per ius canonicum, nisi quatenus expressè caueatur.*
65 *Vestimentum non est idem quod forma.*
66 *Contractus alij nudi, alij vestiti nascũtur.*
67 *Contractibus denudatis multa accidere possunt, ex quibus vestiantur.*
68 *Vestimentum probari debet tanquam quid extrinsecum.*
69 *Contractus alij vestiuntur, alij informantur, & qui num. 70.*
71 *Pactum quando ordinatum ad contractum nominatum appositum iuxtà eum regulatur, & vestitur.*
72 *Pactum appositum in traditione rei, an dicatur vestiri ab ea.*
73 *Traditio fit ad dissoluendum.*
74 *Rei interuentus quos vestiat contractus.*
75 *Facti interuentus purificat, non vestit contractum.*
76 *Pactum an vestiatur cohærentia rei traditionis*

Digitized by Google

tionis num. 77. & quæ requirantur num. 78. & num. 79.

80 *Pactum quando dicatur vestiri cohærentia contractus.*

81 *Pactum quando videatur vestiri correspectiuitate contractus.*

82 *Præcedentia declarant sequentia.*

83 *Pactum nudum vestitur coherentia contractus iuris gentium, & iuris ciuilis.*

84 *Pactum nudum vestitur coharentia tacita stipulationis.*

85 *Lex imitatur naturam, & nihil frustra facit.*

86 *Fictio non porrigitur ad casus, qui specialitèr non sunt in iure expressi.*

87 *Fictionum remedia sunt subsidiaria.*

88 *Pactum nudum vestitur coharentia pœnalis stipulationis.*

89 *Pactum nudum quod non fit incontinenti, sed ex interuallo, non vestitur coharentia contractus.*

90 *Fieri quæ possunt in ipso actu, fiunt etiam incontinenti.*

91 *Fieri quod dicatur in continenti, residet in arbitrio Iudicis.*

92 *Pactum non respiciens rem in contractu deuenientem, sed prorsus separatam, non vestitur coharentia contractus.*

93 *Pactum quando non est correspectiuum non vestitur coharentia contractus.*

94 *Pactum nudum non vestitur coharentia stipulationis conditionalis, pendente conditione.*

95 *Pactum an vestiatur rei interuententu propter solam spem aduenientis conditionis, & 97. & 98.*

98 *Pactum an valeat si ponam manum in barba, eas Romam.*

99 *Actio oritur ex iuramento promissorio.*

100 *Pactum an vestiatur calore iudicij, subtilis quæstio, resolutio num. 103.*

101 *Clausula in fine posita refertur ad præcedentia: nisi diuersitatis ratio assignetur.*

102 *Cautio nuda in iudicio facta eundem habet effectum, ac si fuisset facta cum causa.*

104 *Promissio incerta non vestitur calore Iudicij.*

105 *Promissio de soluendo expensas in iudicio in scriptis redigi debet.*

106 *Pactum nudum, an vestiatur à causa elegans quæstio.*

107 *Obligatio an oriatur ex falsa causa.*

CAPVT II.

1 TEmpore, quo homini cõmunis erat libertas, & possessio, deerat ciuilis potestas, tanquàm humano generi adhùc incognita: sola enim ea regebat, quæ nos secundùm naturam imbuebat, Deum scilicet, religionemque, vt coleremus, Parentes honoraremus, vim, & iniuriam repellremus, vt *in l. velut, & in l. vim vi ff. de iust. & iure.*

2 Ex isto naturali principio exorierunt naturales obligationes, vt benefacientibus benefaciamus, *l. sed, & si lege, §. consuluit, ff. de petit. hared.* obligatio fidei seruandæ, de qua *in l. 1. ff. de pact. & in l. 1. ff. de constit. pecun. & in cap. ius naturale distinct. 1.* Illa adhùc naturalis potestas reddebatur inanis, cùm non aderat, qui ad obseruantiam obligatos coerceret. viuebatur in sũma in puris naturalibus, & proinde vera historia est, quod postquã

Plasmator hominis Deus, ante cuius Maiestatem omnes contremiscunt, & sub quo curuantur qui portant orbem, iuxtà
3 illud *Iob cap. 9.* postquam initio ex nihilo cuncta crearet, *Gen. cap. 1.* plasmauitq; etiam hominem similem sibi, *& creauit hominem Deus ad imaginem, & similitudinem suam, ad imaginem Dei crea-*
4 *uit illum masculum, & fœminam creauit eos d. cap. 1.* dedit illi dominium omnium, quæ sub Cęlo sunt, dicens dominamini piscibus Maris, & volatilibus Cæli, & vniuersis animantibus, quæ mouentur super terram: rursusque ibidem. ecce dedi vobis omnem herbam afferentem semen super terram, & vniuersa ligna, quæ habent in semetipsis sementem generis sui, vt sint vobis in escam: solum
5 sibi reseruans generale dominium, in cuius signum reseruauit sibi de illis decimas, & primitias *cap. tua el. 2. cap. nõ eùm sit 33. de decim.* tradunt *DD.* communitèr *in cap. 1. de decim. in 6.* vbi in specie *Franc.* communem dicit, post eos tradit *Boer. decis. 236. Capyc. decis. 20. num. 5. Moneta in tract. de decim. cap. 1. quæst. 4. n. 40.* insinuatum hoc ambigimus Dei præcepto *Exod. cap. 22.* vbi decimas, & primitias tuas non tardabis offerre. Item *Leuit. cap. 27.* ibi *omnes decimas terræ siuè de pomis arborum, siuè de frugibus Domini*

6 *sunt*, *& illi sanctificantur* pro cuius Diuini præcepti executione non tantùm sanctus ille Patriarcha Abraham dedit Deo decimas ex omnibus, vt *Gen. c.* 14. probat *Apost. ad Hebr. cap.* 7. *in* 1. verùm cuncti etiam tàm antiquæ, quàm nouæ legis viri tanquàm necessarium præce-
7 ptum ad iustificationem sunt imitati: de Faraseo illo patet apud *Luc. cap.* 18. dicente, *Ieiuno bis in Sabato, decimā do omniū, quæ possideo*, quamuis tamen ex alio quippè, propter superbiam, & ambitionem non discesserit iustificatus, & tametsi iure gentium, ius naturale illud,
8 quo cuncta erant communia, quouè quicquid calcabat pes meus erat meum, immutatum certamus, adeo vt iure gentium prædicto distincta fuere dominia, agris termini positi, discretæ gentes, Regna condita, ædificia collata, commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, quibus accedentibus scilicet occupatione, dipartitis Regnis, dominijs, & possessionibus, necessè fuit ad euitandam confusionem, introduci inter homines commercia, modos contrahen-
9 di, & eorum iure inuenerunt contractus, et seruitutes ad commodè viuendū, vt patet *in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iur.* ad quorum obseruationem procedebatur manu Regia, et Magistratuum, *vt in l.* 2. *in* 1. *ff. de orig. iur.* quam obligationem voluerunt seruari ex quacumque promissione, aut consuetudine, in quam consenserint partes, et dicebatur obligatio naturalis, *l. nō amplius natura debet ff. eod. l. stichū*, §. *naturalis*, *ff. de solut.* et quando nostris temporibus hoc exequi possit manu Regia, vide *D. Consil. Theod. alleg.* 13. *sub num.* 10. et dicemus in suo loco.
10 Hæc naturalis obligatio formam habebat ab illa æquitate, ne quis locupletaretur cùm aliena iactura, vt in *l. natural. ff. de credit. indeb.* item ex æquitate, vt fides seruetur, vt *in l.* 1. *ff. de pact. l. si à reo*, §. *illud*, *quod vulgò*, *ff. de fideiussor.* et ex principio dicitur delicta puniri iure naturali, vt *instit. de oblig. quæ ex delict. nascunt.*
11 Quibus inuentis, Domini, et Ciuitates cœperunt leges condere, et lex cuiuslibet Ciuitatis dicebatur ius ciuile illius Ciuitatis, *l. omnes populi, ff. de iust. & iure, &* §. *ius ciuile, instit. de iure nat. gent. & ciuili*, et inceperunt etiam erigere Magistratus, qui iuri dicendo præessent;
12 fuerunt etiam adinuenta iudicia, et solemnia iudiciorum, vt *in l.* 2. §. *deindè, ff. de orig. iur.* quo quidem iure ciuili statutū fuit, vt sola naturalis obligatio nostro ex consensu, vel ex æquitate iuris gentium esset inefficax, nisi accesserit iuris ciuilis approbatio, quæ iuris ciuilis approbatio voluit aliquibus contractibus dare formam, vocauitque eos contractus nominatos, et à iure ciuili approbatos, à qua approbatione, seu copulata cum
13 obligatione naturali exoritur postmodùm actio, vt habetur *in l. lex*, §. *ea obligatio, ff. de procurat. & instit. de oblig. in* 1. relinquendo cæteros contractus in puris naturalibus terminis, quibus ius ciuile nec assistit, nec resistit. Quorum vnus non est idem, nempè pactum, pollicitatio, quatuor contractus innominati, et cæteri si qui sunt.
14 Pactum enim differt à pollicitatione, quia pactum est duorum, vel plurium in idem Placitum, vt in *l.* 1. *ff. de pact.* addēdo, et subijciendo *dandum*, vel *faciendum vni nostrum*, *uel alteri nostrum*, secundum *Manticam de tacit. lib.* 1. *cap.* 4. *num.* 3. et est generaliùs nomen, quàm contractus, quia pactum dicitur de omnibus, quæ inter eos aguntur causa contrahendæ, vel distrahendæ obligationis, et proindè fuit per *D. Caponium Primarium iuris Interpretem in hoc Almo Gymnasio Neapolitano* sumptum, vt genus, et vt species *in suo tract. de pact.*
et si Pater *Azor. instit. Moral. par.* 3.
16 *lib.* 6. *cap.* 13. *de contract.* dicat esse de petendo debitum, vel non petendo, itidem damnum per iniuriam illatum, pactum in transactionibus, quæ fiunt gratia litis dubiæ decidendæ, fiunt causa iniuriarū in bello ob pacem concordandam, et plerumque in vno contractu interueniunt duo, pluraque pacta.
17 Cæterùm non benè collocat *Azor.* (pace tanti viri dixerim) generalitatem in pacto in ordinem ad contractum: cùm generalis omnium contractuum conuētio sit, et nō pactum. Differt conuentio à pacto, ceù genus à specie: conuentionis no-

nomen, inquit *Vlpianus* generale est per-
18 tinens ad omnia, de quibus contrahendi, transigendiuè causa conueniunt, qui inter se agunt: nàm sicut conuenire dicuntur, qui ex diuersis locis in vnum colliguntur, et veniunt, sic qui ex diuersis animi motibus in vnum consentiunt, idest in vnam sententiam decurrunt; neq;
19 aliquis est contractus, vel aliqua obligatio, quę in se non habeat conuentionē; *l. 1. §. conuentionis, ff. de pact. l. si voluntatem, ff. de resciud. vendit.* Vndè dicendo pactum, habemus conuentionem *d. §. conuentionis, & d. §. adeo, ff. de pact. & l. conuentionum, & d. l. legitimè, ff. eod. & l. pactum in princ. ff. de pollic. & l. conuenit, C. de pact. & l. nuda, C. de contrah. stipulat.* Verùm conuentio, absq; quo intelligamus de pacto, potest effici, vt mox diximus, de corporum, et animi motibus ad vnum locum, vel sententiam tēdentibus, prout
20 etiam promissio, quæ conuentionis appellatione non continetur, quia est solius offerentis oblatio, et ex hoc dici potest, quod promissio sit generalior cōuentione, vt testatur *Mantica lib. 1. tit. 2. n. 5.* ad hoc enim, vt pactum nascatur, requiritur vtriusque conuenientium decreta vo-
21 luntas, eo determinata, quod dicitur à *Pango, pepigi, firmo, figoque* secundum *Petr. Gregor. Tholos. syntag. iur. ciuil. vniuers. lib. 2. cap. 2. num. 7.* differens à pollicitatione, quæ est vnius tantùm promissio *l. sciendū tamen ff. de adilit. edict. l. pact. ff. de pollic.*
22 à qua nulla exoritur obligatio, nisi fiat ob publicum honorem, tùnc enim nasceretur semis obligatio, vt *in l. non amplius, §. his natura, ff. de reg. iur. his natura habet, quam iure gentium clarè oportet, cuius fidem sequuti sumus*; ergo ità demum
23 quis dicitur debitor de iure gentium, quando ille, cui promittitur, securus est fidem promittentis, et consequentèr cōsenserit, quia modus præcipuus pangen-
24 di, et firmandi conuentiones est; datio, et receptio fidei, quæ vtique datur, et accipitur ex proprijs duabus, vel pluribus voluntatibus vna conuenientibus communis, ad instar voluntatis duorum Dominorum miscentium materias, ex quibus commune corpus totum efficitur, siuè illæ vnius sint generis, siuè alterius, vel materiei, *l. adeò, §. voluntas, ff. de aeq. rer. domin.*

Ex quo excipies, esse benè vetum, nullam dari differentiam in materia obliga-
25 toria inter pactum, et conuentiones, nàm Prætor ait *pacta conuenta seruabo d. l. iuris gētium, §. Prætor ait, ff. de pact.* ex quo, et si in principio sit libertas in contrahendo, vel non contrahendo, fide data, et accepta in conuentione, transit in necessitatē, quam implere necesse est, *l. in commodato, §. sicut, ff. commodati, l. sicut, C. de act. l. sed, & addes, §. fin. ff. loc. l. non minorem, C. de transact. l. 4. §. 1. ff. de seruit. l. 4. §. sed, & si minor, ff. de minim.* & licet *in l. 2. & l. valeat, C. de infirm. quæ sub Tyran. vel Bombar.* facta sunt improb intur tanquàm sub Tyranno gesta *Afflict. decis. 150.* vbi habebis, an debitor exactus à Tyranno liberetur in damnum sui Principis creditoris, non tamen conuerti intelliguntur pactiones, et negotia, quæ priuati spō-
26 tè contraxere: & cùm Anchar. Solonis studium circa leges cōponendas irrisisset, nempè aut ridiculum putaret velle iniurias Ciuium, vel cupiditates literis coercere, quæ nihil ab aranearum telis differrent, quæ sicuti illæ paruas, et non magnas Muscas, sic istæ debiles tantùm, et imbecilles detinerent, à potentioribus autem, et locupletioribus rumperentur: vnde versus.

Dum volat aranea telas disrumpit Aranches
Oestron, & impanidè mollia pensa terit.
Sed capitur tenuis macilento corpore Musca,
Nec fugit arguta retia ducta manu.
Si Pauper posita fortes nix effugit vrnè,
Sed diues rapto vimine tutus abit.

27 Respondit tamen Solon conuentiones, ac pacta hominės seruare solere, quæ transgredi ex contrahentibus nemini conducat, secundum *Plutarcum in vita Solonis Iocr. orat. 1* Fastidiosum, et nefarium fidem frangere testatur *Cicero pro Q. Fabio*, et qui fidem violat oppugnat omnium commune præsidium *Ci-*
28 *cero pro Q. Roscio*, quæ etiam hosti seruanda, *l. 1. ff. de constit. pecun.* ex quo cum hostibus pacta facta tenent, et valent, *d. l. conuentionum, ff. de pact.* iuxtà illud celebre exemplum Attilij Reguli, qui nè fidē pœnis datam violaret, eligit potiùs ad sup-

supplicium redite, *Cicero 1. & 3. offic.*

29 Et in hoc potest conciliari opinio tenentium, nomen promissionis esse generaliùs nomine conuentionis: nàm verbum *promisit* scriptum in instrumento intelligitur per stipulationem, *l. 1. ff. de contrah. & cõmitt. stipul. §. si script. instit. de inut. stipulat.* attamen verbum *conuenit*, etiam si scriptum sit in instrumento, intelligitur de pacto nudo, communitèr Doct. *in d. l. lecta, & in d. l. sciẽdum, Crem. sing. 139. Gallius in rubr. de verb. sign. n. 27. vbi Ripa num. 16. Soc. num. 36. & seq.* post eos *Mantica loco cit. sub num. 8. & 9.*

30 Contractus innominati sunt, quorum effectus cognoscuntur ab adimplemento, & ante implementum aliquam non habent subsistentiam, & consequentèr

31 debiliores naturæ pacto nudo: Nàm contractu innominati non habent se ad actionem, vt causa actionem producens, nisi remotissimè, sed euentus, & impletio, à quo, & à qua contractus innominati dependent, & denominantur, est causa, & mater obligationis; cùm igitur hæc causa sit de futuro, ipso iure non producit actionem antequam ipsa, quæ est actionis mater, producatur, *l. cedere diem cum similibus, ff. de verb. oblig.*

32 Quatenùs nunc contractus innominati recipiunt formam, & causam symbolizantur ad inuicem: ad hoc enim, vt cõtractus innominati fiãt, necessè est, quod dationem, vel factum habeant per modũ causæ ad alteram dationem, vel factum, & intercedat inter causam, & causatum adequatio, & proportio: nàm cùm nullius sint nominis habent in se omnes conuentiones, vltrò, citròque factas inter partes, quæ speciale nomen non habent, prout *in l. naturalis, & tot. tit. ff. de præscript. verb.* quò fit vt cessantibus Iudicijs proditis, & vulgaribus actionibus: cùm proprium nomen inuenire non possumus, facilè descendamus ad eas, quę in factum appellamus.

33 Et quia præter hos quatuor contractus, *do, vt des, do, vt facias, facio vt des*, et *facio, vt facias*, etiam præscriptis verbis ratione formæ, et causæ adsunt contractus, qui non dicuntur innominati, ex istis nempè quando agitur, vt idem reddatur, quod datur, vt *in l. vnica, §. accedit, ff. de rei vx. act. l. 2. C. de pact. inter empt. l. si vir vxori, ff. de præscript. verb.* vt quando do tibi rem, et paciscor vt reddas in certum casum, non ideo, *do, vt red-*

34 *das*, sed *do, & reddes*; tùnc enim nihil obstat relatio pacti ad contractum, quæ facit resultare contractus innominatos, alteratur ex sua forma hic contractus, non vt diuersam pariat actionem, sed vt actio apta generari reducatur ad pactum ex adiplemento vnius ex partibus: nàm contractui datur forma, et causa, pacto verò vestis, et consequentèr tanquàm symboli ad alterutros, et omnes supradictæ contrahendi formulæ possunt ad alias nominatas conuentiones symboli-

35 zari, nempè si do pecuniam, vt rem accipiam, est contractus *do, vt des, l. fin. ff. de condit. ob causam*, tamen symbolizatur in nomen emptionis *l. naturalis, §. & si quidẽ, ff. de præscript. verb.* si scilicet in quantita-

36 te, et ratione æstimationis, et pretij rei detur, et pecunia non aliter, *l. 1. ff. de contrah. empt.* Item qui rem dat, et rem accipiat symbolizatur in permutationem, et permutare, et re ipsa contrahere videtur, *l. 1. ff. de rer. permut.* vt infrà in suo peculiari loco dicemus.

37 Sic etiam in contractu *do, vt facias* continetur contractus, in quo aliquid datur, et aliud fiat, si modo in propriam formam nominatam non veniant; nam tùnc accedente forma, et causa, non ampliùs generalis nominis erunt. exemplum: cùm dem, vt facias, si tale sit factum, quod locari soleat, et pecuniam dem, erit proculdubio locatio. Si non dem pecuniæ quantitatem, vt facias, sed rem aliam, quamuis locari soleat factum, non erit locatio, sed contractus sine nomine. Rursùs si factum est eius naturæ, quod locari non possit, quamuis pecuniam pro eodẽ non erit locatio, sed symbolus contractus *l. naturalis, §. amicus do, vt facias, ff. de præscript. verb.* Aliud exemplum à Papiniano relatum *in l. 1. §. fin. ff. eod.* Si quis pretij explorandi causa rem tradat, neq; depositum, neque commodatum erit, sed *symbolus*: Vndè, non exibita fide, in factũ actio ciuilis competit: sunt his plura similia, quæ in contractibus nominatis diuer-

uersas habent figuras vel formas, retentis illis extremis, *do, vt facias*, quarum ratione ad inuicem symbolizantur.

In contractu innominato, *facio, vt des*, quod si faciam, vt des, & exequuto facto, cessas dare, nulla erit ciuilis actio, & ideò, de dolo dabitur *l. naturalis, §. quod si faciam, & l. permisisti, §. fin. ff. eod.* callidè, doloseuè versatus est, qui passus est alium facere facto irreuocabili, quod pro infecto haberi nequit, *l. in bello, §. facta, ff. de capt.* & posteà non vult ex sua parte implere fidem, si tamen facto opere, quidam, quod dandum sit, ex eo superſit, competit actio ad exhibendū *d. l. si permisisti, §. 1.* et si petatur aliquid fieri, vt exindè aliquod commodum detur facienti, condictione donationis factum tolli, vel peti potest, *l. si quis argentum, §. pen. C. de donat.* & cessabit subsidiaria de dolo, *gl. in d. §. si permisisti, Surd. cons. 529. n. 49. vol. 4.* & ideò regularitèr competit actio ex dolo: licet subsidiaria, & cessat actio in factum, quia actio in factum generalior actione de dolo, et magis subsidiaria est, prout est etiā cōdictio indebiti, certi cōdictio, et huiusmodi *Costa de remed. subsid. praelud. 3. sub n. 4.* et infrà clariùs patebit in suo peculiari loco, vbi agemus de symbolis dandi, et faciendi contractibus.

In contractu verò innominato, *facio, ut facias*, inspiciendum similitèr est sui symbolum, vt ex aliqua forma, et causa
45 contractus non sit idem: cùm non sēper ex eo contractu praescriptis verbis agendum est, *d. l. naturalis, §. sed si facio, ff. de praescript. uerb. l. rogasti, §. fin. ff. eod.* Verùm vbi praescriptis verbis agitur, et ex altera parte adimpletum, ex altera nullatenus fuerit factum conuentum, fit ex abundanti condemnatio, quanti interest factum non esse, *l. naturalis in principio.*
46 Actio praedicta praescriptis verbis à iure ciuili concessa, et ciuilis dicitur, si quicquam fieri, darique placuisse expressum sit, et non possit in formam propriam nominatam reduci vt si rem inspiciendā dem, et tu eam amiseris, *l. si rem inspiciendam, ff. eod.* quod si nihil dictum sit, vel nihil expressè conuentum sit: tamen factum quoddam interuenerit, ex quo no-
47 minata non datur actio, pro eo facto infectum, erit symbola actio, vt si ostenderem tibi anulum, dùm ambularemus versus Tyberim, & in Tyberim is deciderit à manu tua, agam in factum contra te, *l. duo secundum Tyberim, ff. eod. tit. de praescript. uerb.* & infrà clariùs dicemus, quae intellige in contractibus correspectiuis.

In contractibus verò simplicibus, qui ex vno tantùm latere contrahentium
48 simplicem habent promissionem: veluti cum quis promittit se aliquid facturum, daturumuè, quod dicitur esse pactū nudum, *d. l. 1. §. 1. & 2. & d. l. iurisgent. ff. de pact.* alitèr accipiendum est symbolum circa formam, & causam: nam licet secūdum aliquos, contractus correspectiui
49 magis cognoscantur ex modo contrahendi, quam ex modo co nplendi, *gl. in d. l. naturalis, §. ac cum do,* tamē isti simplices prorsùs à modo: scilicet secundum
50 qualitates, sint symboli etiam contractibus nominatis, vt *in l. 1. & 2. C. de rer. permut. l. petent. C. de pact. Arius Pinellus in rubr. C. de rescind. uendit. par. 2. cap. 1. n. 17.*
51 Quod etiam intellige tàm in factis affirmatiuis, quàm negatiuis, quia aliquādo non factum pro facto habetur, prout si contraheretur dare, vt non facias, vel *non facio, ut dares, l. dedi in 1. ff. de condict. ob caus.* & latiùs infra in suo peculiari capitulo de facti, & non facti symbolicis contractibus dicemus.
52 Hoc pactum, siuè conuentio nudum, nudauè, vel simplex nullam ciuilem parisit obligationem: nisi tamen vestiantur, quod non videtur esse idem in pollicitatione.

Et si pro ratione dubitandi dici possit, talia synonima esse, quia quemadmodum ex nudo pacto nulla oritur ciuilis obligatio, sic etiam à pollicitatione, *glos. &*
53 *Bart. in l. si unus, §. si pactus, ff. de pact.* Itē, quod sicuti ex pacto nudo de iure canonico oritur obligatio, & actio, sic etiā ex pollicitatione, eo quia sicuti ex voto quis obligatur, & compellitur per Ecclesiam *cap. 1. & 3. de pact.* ità etiam ad simplicem pollicitationem *Abb. in cap. qualiter de pact. in uerbo permutantur.* Insuper, quod sicuti pactum est contractus, qui non perficitur, nisi ex cohaerentia, sic etiam, & pollicitatio.

54 Dic

54 Dic quod non sunt synonima, sed symbola, quia pollicitatio fit, nulla præcedente rogatione, & nihil aliud est, quā vnius partis consensus, *l. pactum iuncta gl. ff. de pact.* differt à pacto, tanquam semis, à toto, *d. l. pactum*, transit verò in pactum, accedēte acceptatione, *Abb. in c. 1. de pact. Alberic. in d. l. iurisg. col. 2. ff. de pact.*

55 *Parlad. rer. quotid. lib. 2. cap. 3. sub num. 1. & 2.* vbi dat differentiam inter pactum, stipulationem, & pollicitationem, nam pactum differt à stipulatione, quia stipulatio, interrogatione, & responsione fit. Pactum verò ex conuentione, siuè ex cōsensu vtriusque, *d. l. iurisgentium, §. sed à nullo, C. de pact.* pollicitatio ex vna parte.

56 Planè promissio fit præsenti, & tacenti an sit pactum, vel pollicitatio, quæritur, & quod sit pactum, probatur per *text. in l. tale pactum in primo ff. de pact. & in l. illud, C. de Sacr. Eccl.*: vbi donatio facta præsenti, & tacenti valet, & tenet, & ad validandam donationem requiritur stipulatio, vel factum, prout considerat *Abb.*

57 *in cap. per tua de arbitr. n. 5.* Imò dico plus quod sit propriè contractus, ea præcipua ratione, quia contractus reciprocā obligationem sua natura postulat, vt apertè constat *ex l. Iulianus, §. si quis in Pupillo ff. de act. empt. & vendit. & l. potest. ff. mand.* & in contractu aliquando sola vna pars obligatur, vt in eadem donatione, & stipulatione, in quibus vna partium tantum obligatur, sicuti verè, & propriè contractus, vt patet ex iurium regulis, *in l. contractus, C. de litig. l. si donat. C. de his, qua vi, & l. 1. ff. de act. & oblig.* Ergo etiam promissio, & ad substātiam, & rationem contractus, vt talis sit, sufficit sola dumtaxat obligatio ex vna parte, quia Iurisconsultus non dixit in *d. l. labeo*, contractum esse vltro, citroque obligationem, solum significauit in con-

58 tractu ex reciproco consensu contrahentium obligationem produci; vndè fit quod contractus est actus, qui ex mutuo contrahentium, siuè agentium consensu obligationem gignit, non autem actus, vltrò, citroque parit obligationem.

59 In contrarium facit *text. in l. Charidamus, ff. de pollic.* ubi probatur, quod per pollicitationem factam reipublicæ per epistolam, & sic per absentem quis non obligatur, & si hoc esset, quod pollicitatio contraheretur veluti cōtractus obligatorius inter absentes, deberet obligare reipublicæ: cùm ex sola pollicitatione obligatur reipublicæ.

60 Tu distingue, quod aut promissio cōtinet aliquid parti præsenti, aut aliquid inutile. In primo casu erit omninò pactū, et obligaret secundum primam opinionem. In secundo verò casu erit pollicitatio, ex quo non est verisimile eum, cui promittitur, velle acceptare quod sibi est inutile, vt volunt *Iass. in d. rubr. ff. de verb. obligat.* et faciunt relata per *Socc. d. rubr. n. 14.*: et sic licet promissio obliget promittentem, non verò potest obligare vri promittitur, et proindè quādo leges, et iura cum vocant cōtractum, vbi vnus tantum obligatur, latè contractum appellant, sic etiam accipiunt: cùm dicant donationem, et stipulationem esse contractum.

61 Et sic respondetur ad primum, quod pollicitatio parit actionem, prout pactū, ex quo in pacto adest naturalis obligatio propter consensum duorum, *l. Sabinus, §. naturalis, ff. de solut.* : In pollicitatione verò nulla cadere potest naturalis obligatio, tanquam semis obligatio, et quasi debitum *Bald. in d. l. pactum in 2. resp.* in verbo *quasi debitum*, secundum *Bart. in l. si vnus, §. pactus ne peteret col. 8. ff. de pact. seq. Iass. loco cit. n. 8.* hæc est vna differentia, quam posuit *Bald. in tract. de pact. sub n. 15. in vers. idem differt*; nempè ex pacto vnicuique obligari regularitèr, ex pollicitatione verò minimè, nisi alicui Collegio, vel Ecclesiæ spondeamus, et tunc demùm, accedente causa, subdit bene verò *Bald.*, quod licet natiua naturalis non sit ibi, est tamen quædam naturalis, quod probatur *in d. l. pactum* in verbo *quasi debitum*, declarat ipse, quod quædam sunt, quæ non nisi ab vno gerūtur, vt pollicitatio, et in istis cùm de necessitate sit non interuenire consensum aptum ad contractus; quia tùnc transiret in pactum ab vtraque parte, sed ab altera nulla est propria naturalis, sed quasi naturalis.

62 Ad secundum respondetur, falsum esse ex nuda pollicitatione obligari de iure canonico, prout obligatur ex pacto secun-

secundum *Abb.* sibi contrarium *in cap. cū iure Vniuersitas circa finem de elect.* nàm quod est speciale in vno ad aliud extendi non debet, est enim speciale in voto, ergo ad aliud extendi non debet, & hæc
63 est differentia inter pollicitationem, & votum: quia promissio facta Deo non est pollicitatio, sed benè dicitur votum, promissio verò facta homini non dicitur è contra votum, sed pollicitatio, vt probat *Azor. instit. moral. lib. 11. tit. de pollic. cap. 14. num. 1.* & sic ex diuersis non benè infertur *cap. 1. §. cùm inter R. Seniorem de elect.* quod est correctorium iuris ciuilis ad casum minùs dubitabilem, siuè ratio-
64 nabilem, nec debet induci correctio iurium per ius canonicum, nisi quatenùs, reperiatur expressum, *cap. 1. & 2. de oper. non. nunc, cap. cùm expediat de elect. in 6. Ias. loco cit.* & communem esse affirmat *Couar. de pact. par. 2. §. 4. sub n. 17.*

Respondetur ad tertium, quod in pollicitatione non solū requiritur cohærentia, sed etiam acceptatio, ex quo pollicitatio debet prius transire in pactum, & postmodum vestiri cohærentia, quod secùs est in pacto, in quo sufficit coherētia dumtaxat, vt suprà probauimus.

65 Hoc vestimentum ceù alienum à nudo non est idem, quod forma, quia natura vna est, quorum nascūtur nudi, altera quorū vestiti, & informati cōtractus, nēpè homo nascitur nudus, et statim indiget vestimento, iuxtà illud *Iob cap. 1. nudus egressus sum de vtero matris meæ, & nudus reuertar illuc*, ergo si nudus natus est
66 Iob, vestimentis, quæ fecidit, indiguit, vestita nascuntur cætera animalia tanquàm à natura corijs vestita, sic contractus aliqui nudi nascuntur, & indigent vestitu, prout pactum, pollicitatio, & nuda cōuentio, & contractus innominati, & alij vestiti prout contractus nominati, vnde non benè dixit *Bart. in d. l. iuris, §. quinimo, num. 16.* connentiones vestiri nomine, & forma, quia nomen non dicitur vestimentum, & forma dat esse rei *d. l. Iulianus, §. si quis rem, ff. ad exhib.* imò dat principium esse *Bald. in repet. l. in suis num. 5. ff. de liber. & posth.* nàm forma substantialis aduenit rei existenti in potentia, vt diximus *in praeced. cap.* & adnotauit *Bald.* ex mente *Philosophi in l. vniuersa num. 2. in fine de Precib. Princ. offer. & in l. iubemus, num. 8. C. de testam.* igitur cùm forma tribuat essentiam, vestimentum haud dici potest, quia aliud est vestimentum, aliud quod vestitur. *l. id vestim, ff. de pact. & arg. l. vlt. de fundo instruct.* aliud albedo, & aliud album.

67 Denudatis istis contractibus multa euenire solent extrinsecùs, quæ hanc vestiunt nuditatem, nempè verborum solemnis forma, idest stipulatio, rei traditio, causæ expressio, vt causa donationis, aut vlterius rei agendæ, aut contractus aliquis præcedens, cui pactum nudum ipsum ex cōuentu dumtaxàt accedit, ex quibus actio vtroque iure datur, & oritur; etiam obligatio iure ciuili constituta, vt explicat *gl. in d. l. iurisgentium, §. nuda, ff. de pact. Abb. in cap. 1. col. 3. de pact.* & recenset *Couar. de pact. par. 2. §. 4. sub n. 12. in fine.* adnotauit *Mantica de tacit. lib. 1. tit. 6. vers. quæ sit nuda conuentio sub n. 9.* aduersus Duarenū *in d. l. iurisg. §. sed cùm nulla, ff. de pact.* ineptè allocutum fuisse, dicendo, non esse pactum vestitum, ex quo vestimentum sit contrarium nudo.

Pactum verò nudum differt à promisso, quia plus, & minùs potest continere promissum, quàm pactum, ratione solēnitatis, promissum verò ad pollicitationem arctatur, pactum secus: item pro-
68 missum arctatur ad stipulationem, pactum verò à pollicitatione, & stipulatione separatur, *l. sciendum, §. dium ff. de edil. edict.* & proinde siuè in instrumento, siuè in attestatione, & vbique reperiatur, pactum est, nisi de vestimento doceatur, tāquam quid extrinsecum, à quo vestitur. *l. fin. §. ex nouo, ff. de fundo instruct.*

69 Suprascriptorum enim aliqui sunt, qui vestiuntur, aliqui qui informantur, accipiendo formam, vt supra diximus, pro essentia, quæ dat esse rei, & rem conseruat, et quantum conseruat, est idē quod essentia, *l. Iulianus, §. sed si quis rem, ff. ad exhibendum.*

70 Qui informantur sunt contractus nominati, nempè emptio, re, et prætio informatur, locatio, re, et mercede, stipulatio verbis dumtaxàt, vt infrà dicemus, qui vestiuntur, quidam vestiuntur rei interuentu, prout sunt contractus innominati, hoc æquidem vestimentum produci-

C tur

tur implenti dumtaxàt, vt *in l. 1. ff. de rer. permut. d. l. iurisg. §. 1. ff. de pact.* Quidam
71 verò ex coherentia, vt pactum: nàm pactum quando ordinatur ad contractum nominatum appositum iuxtà eum regulatur, et vestitur, et actionem præscriptis verbis producit, quando verò pactum non ordinatur ad aliquem contractum, sed potiùs ad aliquod factum, vt ire Romam, vel fossam fodi, idem erit. *l. fundi pertem, ff. de contrah. empt.* et sic agi potest ad factum, et ad prætium: cùm quasi constet natam actionem ex vendito, et obligationem ab initio. *Bald. in d. tract. de pact. num.* 33.
72 Quando verò pactum apponitur in traditione rei, resultat difficultas, an dicatur vestiri ab ea, et non vestiri dicit *Bald. ibid. sub n.* 34. ex eo, quia traditio fit
73 ad dissoluendum, ergo pactum nullatenus operari potest solidationem, quod non procedit in contractu innominato, quia ipsa traditio in eo casu obligationē constituit, et dissoluit, & in quantum ordinatur ad obligandum eum cui impletur, potest rectè vestire. *d. l. in traditionibus*, accedente scilicet consensu, cui traditur, *l. perfecta, C. de donat. qua sub mo-*
74 *do*. Rei verò interuentus vestit pactum in solis contractibus innominatis, licet in altero non agatur ad pactum, sed de dolo propter pactū, *d. l. naturalis*, §. *quod si faciam, ff. de præscript. verb.* non enim in
75 alijs: nàm si promisi tibi decem, vt ascenderes Capitolium, ascendisti non habebis actionem ex interuētu facti, quia facti interuentus purificat, non vestit, oportet vt res interueniat causa implendi, non purificandi contractum, vt vestiri dicatur pactum, *l. nisi intrà, ff. eod.*

Et in hoc non bene se explicuit *Card.*
76 *Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 2. tit. 4. sub num. 2. vers. quintum est vesti-*
76 *mentum*, quando dixit pactum nudum vestiri cohærentia rei traditionis, ex *d. l. in traditionibus*, subdens *in vers. idem est aduertendum*, quod cunc habita relatione pacti ad traditionem, inducitur contractus innominatus, & quod hoc vestimentum non distinguitur à rei interuen-
77 tu, secundum *gl. in l. legem, C. eod.* cùm ea declaratione, quod pactum, quando vero vestitur cohærentia traditionis super eodem interponitur, quando verò vestitu rei interuentu super alio adijcitur, secundum *Bald. in d. l. legem num.* 4. subdens *in*
78 *vers. sed, vt pactum*, quod tria requiruntur, vt pactum cohærentia traditionis vestiatur, secundum *Ioan. de Monte spec. in l. pacta, quæ contra C. de pact. secund. Soc. in d. legem num.* 16.
79 Primum cùm pactum fuerit appositū iuxtà traditionem *d. l. in traditionibus*, & *l. cùm res, ff. de donat.* & hoc est necessariū, vt tacitè possit intelligi facta relatio in ipsam traditionem, quod non est necessarium, quando contractus innominatus incipit à conuentione, quæ nihil ponit in esse pro eius obseruantia: quia cùm relatio sit expressa ad ipsam traditionem, tacita non requiritur, & tamen in vtroque casu contractus est innominatus, & vestimentum interuentu rei accidit.

Secundum requiritur, quod pactum fiat pro eo, qui tradit *d. l. in traditionibus, & l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit.* rationem assignat *Bald.* quia si pactum fiat admmodum recipientis non potest esse mutua promissio iuxtà *d. l. naturalis, ff. de præscript. verb.* ergo non potest dici contractus correspectius.

Tertium quod requiritur dicit *Bald.* nempè vt traditio sit voluntaria, *gl. in d. l. in traditionibus, & l. si intrà, secundum communem intellectum, ff. de pact.* nàm si traditio sit necessaria non potest dici pactum vestiri rei interuentu, habita relatione pacti ad ipsam traditionem, quia traditio intelligitur facta causa se liberaudi à præcedenti obligatione: non autem vt fiat, quod in pacto continerur, & consequentèr non potest dici contractus correspectius, vt requiritur: Quamobrem pactum cohærentia traditionis non vestitur, *l. ex morte in fine, C. de pact. Bald. in d. l. legem in 1 Socc. n. 16. & Purpur. n. 113. C. eod.* & sic intellige *Gizzarell. decis. 19. sub num. 4.* aliàs dubitandum de eo.
80 Dicitur ergo pactum quando partibus dispositis ad emendum, & vendendum, ante omnia aliquod pactum fit, & absoluitur, deindè deuenitur ad contractum principalem, vel si posteà incontinenti fiat, quia vicinitas actuum facit reputare esse vnum contractum *Bald. in l. petens*,

petens, C. de pact. Soccin. in conf. 135. in fine
in 2. parte, veluti si mulier donat alicui
hospitali,& Hospitale eodem die se obli-
gat ad dandum certum quid mulieri sin-
gulis annis, præsumitur id fecisse conté-
platione illius donationis ex actuum vi-
cinitate,& ex inde datio erit ob causam,
& vendicabit sibi locum dispositio *l. 1. C.*
de donat. quæ sub modo, vide Ant. Gabr. lib.
1. de præsumpt. concl. 13. num. 4.

81 Sic pariter si constituo seruitutem in
re mea contemplatione de altius non
tollendo,& in eodem die,vel instrumen-
to apparet te mihi constituisse de repa-
rando domum meam, illa tua promissio
de reparãdo, ratione actuum vicinitatis,
dicetur vestiri ex relatione, & nõ conté-
platione seruitutis meæ de altiùs non
tollendo,ex iuribus supra positis.

82 Ac etiam licèt frater videatur dotare
sororem animo donandi, vt *in l. vnica*,
§. accedit, C. de rei contract.: si tamen eadẽ
die appareat instrumentum quietationis
factæ per sororem fratri,præsumitur do-
tasse contemplatione illius quietationis,
quia præcedentia declarant sequentia,
l. quoties, §. fam. exercis. ff. de legat. 1. & quæ
incontinenti fiunt censentur in esse, *l. pa-*
tens, C. de pact. l. lecta, §. dicebam, ff. si cert.
petat. & sic consuluit *Bald. in conf. 382.*,
quod idem erit, si absoluatur pactum à
partibus inter media contractus *per l. 3.*
§. filius, ff. de liber. & posth. non ex cohæré-
tia contractús,sed vicinitate rei gestæ.

Quod extenditur primo, tàm si con-
tractus sit bonæ fidei, vt *in l. bonæ fidei. C.*
de pact. quàm etiã si stricti iuris, *d. l. lecta,*
& ibi Alex. num. 17. ff. si cert. petat. & l. pe-
tens, C. de pact. Bart. in d. l. legem num. 7.
in fin. eod. & in d. l. bonæ fidei in 1. oppos. &
Ang. in d. l. quinimò num. 1. in fine, affirmat
Purpuratus ibid. n. 3. qui testatur non esse
recedendum ab hac communi sententia,
sequitur *Mantic. d. lib. 24. tit. 5. sub num. 2.*
dicens nõ esse nouum, vt vna lex ab alia
suppleatur *l. non est nouum, & l. sed, & si*
posteriores, ff. de legib. Ant. Gabr. lib. 1. con-
clus. xii. de præsumpt. concl. 13. num. 2. & in
hoc residet *Facchin. contr. iur. lib. 2. cap.*
49. in fine.

83 Secundo extenditur, vt pactum nudũ
non solum vestiatur cohærentia contra-
ctus iuris gẽtium, sed etiam iuris ciuilis,
sicuti est stipulatio, *d. l. petens, C. de pact.* &
ex hoc infertur hoc vestimentum esse
etiam de iure ciuili, vt adnotauit *Bart. in*
d. §. quinimo num. 16.

84 Tertio extenditur, vt pactum nudũ ve-
stiatur etiam cohærentia fictæ stipula-
tionis,quæ dicitur tacita *Ioan. Crot. in l. si*
is pro emptore num. 61. ff. de vsucap.: cæte-
rùm de hac Croti doctrina dubitat *Man-*
tica d. tit. 13. sub n. 5. dicens, quod si pa
ctum in ijs casibus,in quibus fingitur sti-
pulatio comprehendatur, non eget alio
vestimento: cùm lex naturam imitans
frustra aliquid inducit, *l. qui bis idem, ff.*
de verb. obligat. l. hæc stipulatio, §. dius, ff.
vt legat. nomin. caueat. si verò pactum in
ijs casibus, in quibus fingitur stipulatio,
non comprehenditur, non potest vestiri
cohærentia fictę stipulationis,quia fictio
86 non porrigitur ad casus, qui specialitèr
non sunt in iure expressi, *l. cùm hæredes, §.*
in ijs vbi Ias. n. 5. de acq. poss. ff. & in l. rem
quæ nobis num. 3. eod. tit. cùm fictiones sint
restringendæ, & prodesse nõ possunt, nisi
in illo effectu,ad quẽ sunt inductæ, *Bald.*
87 *in l. fratr. §. pact. ff. de his, qui not. infam.*
ex quo fictionum remedia subsidiaria
sunt, *l. heres in fine, ff. de fideiuss.* & ideò re-
stringenda *Alc. in d. l. si is, qui pro emptore*
n. 183. Costa tract. de fict. cap. 2. & de re-
med. subsid. 46. per tot.

88\. Quarto extenditur,vt pactum nudum
vestiatur etiam cohærentia pœnalis sti-
pulationis, *l. nuda, ff. de contrah. stipulat.*
20. l. si pacto quo pœnam, C. de pact. vtro-
bique explicuit *Bart. ac etiam in l. ita sti-*
pulatus num. 2. de verb. obligat. Ias. instit. de
act. in §. omnia n. 105.

89 Limitatur modo primo,si pactum nu-
dum non fiat incontinenti, sed ex inter-
uallo,quia tùnc non vestitur cohærentia
contractus,vt in d. *d. l. iurisgentium, §. qui-*
nimò, & dicitur incontinenti fieri paulò
ante,vel paulò post, vel ante quàm con-
tractus habeatur pro perfecto, & abso-
luto, *l. contractus & vbi Bart. C. de fide in-*
strum. nam eà,quæ præcedere debent sa-
tis est si sequantur incontinenti, *Ias. in l.*
non solum, §. morte col. 5. vers. imò fortiùs,
ff. de oper. nou. nunc. vbi adducit plurima
exempla,& *in l. si quis mihi bona, §. iussum*
col. 4. ff. de acq. hæred. vers. Item; paria sunt
Rebuff. in concord. fol. 73. verbo *rationem*,

Tiraq. de retract. conuent. §. 1. in gl. 5. ver.
90 *ex his autem fit, & seq.* vbi allegat symbola, quod ea, quæ deberent fieri in ipso actu, fieri possunt incōtinenti post *Brun. in tract. de forma fol. 77. col. 2 in fine, & col. seq. vers.* dicit *Bald.*: Verùm non dicuntur inesse, & si verè, & realitèr insint, quæ incontinenti fiunt post contractum perfectum, sed per regulam fictam, *Ias. in d. l. lecta, col. 9. vers. 1. pendet*, & ibi communitèr Doctores secundum distinctionem *Cornei in cons. 133. col. 1. & seq. lib. 1. & cōs. 288. lib. 3.* sequitur *Tiraq. d. gl. 5. n. 27. Ant. Gabr. d. concl. 13. sub n. 31 & 32. Mā-*
91 *tica, d. tit. 3. sub n. 9.* & terminus, in quo dicatur incontinenti fieri residet in arbitrio Iudicis, vt longa Doctorum remissione probat *Menoch de arbitr. Iudic. lib. 1. cent. 1. casu 9. sub n. 5. vers. tertia facit opinio*, vbi explicat quale esse debeat hoc Iudicis arbitrium, & in materia exceptionum, sic etiam de iure communi testatur *D. Carleual. de Iudic. siue disput. iur. lib. 1. tit. 2. disput. 5. sub n. 2.* esse scilicet terminum arbitrarium: licet de iure castellæ affirmet *sub num. 22.* esse dierum nouem, & de iure nostri Regni, dierum quinque, secundum *Marantam in praxi par. 6. tit. de except. num. 16.* post eum *Muscatell. in praxi lib. 1. par. 4. gl. vltima num. 5.* ex dispositione *Regiæ Prag. 5. de ord. Iudic. Reuit. in ead prag. num. 11.* & quomodo sit practicandum, testatur *Afflict. in constit. exceptione filiationis* in principio: in casu verò nostro attendi debet ius commune, nempè quod sit in arbitrio Iudicis.

92 Secūdo debet limitari, vt pactum vestiatur cohærentia contractus: si scilicet pactum respiciat ipsam rem, quæ in contractu deuenerat: secus uerò cùm de alia prorsùs separata factum haberet *Fulg. in d. l. lecta, col. 2 in notab. 2. ff. si cert. pet. at. Tiraq. de retract. conuent. d. §. 1. gl. 5. n. 24. vers. sed & 2 intellige*, quod etiam declara, si pactum respiciat, alienum contractum, *d. l. iurisgentium, §. Ideò Marcellus, & seq. ff. de pact. Bart. in l. si tibi decem millia in 1. ff. de pact. Ant. Gabr. d. concl. 13. n. 22. & Mantica d. tit. 3 num. 10.*

93 Tertio limitatur, ut pactum nudum cohærentia contractus non uestiatur, quando contractus fit ad commodum vnius, & pactū ad commodum alterius: & sic pactum non est correspectiuum, prout declarat *Decius in l. bona fidei n. 11. ver. sed tamen ratio, C. de pact. Ripa in l. vlt. n. 127. ff. de reuoc. donat. Bald. in d. l. petens num. 32 vbi Ias. num. 16. Alex. in l. lecta num. 17. Butr. n. 23. ff. si cert. petat. Ang. in d. §. quinimo, n. 2. & 6. Ant. Gabr. d. concl. 13. sub n. 23. & Mantica d. tit. 3. sub n. 11.*

94 Quarto limitatur, vt pactum nudum non vestiatur cohærentia stipulationis conditionalis, pendente conditione, vt statim producat actionem, quia si contractus ante euentum conditionis non parit actionem, *l. cedere diem, ff. de verb. sign.* non potest etiam pacto tribuere *arg. l. traditio, ff. de acq. rer. domin. & l. nemo plus iuris, ff. de reg. iur.* Verùm si conditio casualis impleatur retrotrahitur ad tempus celebrati contractus, *l. potior. & l. qui balneum, ff. qui pot. in pign. hab.* & tùnc pactū vestitur, & informatur *Bart. in d. l. lecta num. 24. & seq. Alex. in d. l. petens si is*, in quo consentiunt communitèr Doct. secundum *Manticam loc. cit. sub n. 12.*

95 Cæterùm difficultas consistit in eo, an scilicet pactum vestiatur rei interuentu propter solam spem aduenientis conditionis, vel vlteriùs traditio requiratur, tu esses cùm *Alex. in d. l. iurisgent. §. quinimo sub num. 9.* dicente, conditionis adimplementum esse iustam causam informādi, quia stipulatio, quæ requirit causam, *l. 2. §. vnica, ff. de dol. except.* satis esset, si contineret conditionem, vt diceretur habere causam, & sic separetur, quod si sine stipulatione, solo pacto, promitto tibi aliquid sub conditione, tale pactum diceretur vestitum, & perimet, actionem saltim impleta conditione: cùm dicatur subesse causa in pacto, quæ est eadem con-
96 ditio. Derisorium dictum, & sine lege allegatum, cùm non valeat pactum si ponam manum in barba, vt eas Romam, etiam secuta conditione, ob impositionē manus in barbam, quæ non est causa, vt possit informare tale pactum, ac si dem tibi per stipulationem, pacto adiecto nudo, vt vadas Romam, non potest agi, ad id, quod deuenit in pacto, quando non resultat hinc inde contractus innominatus: nàm resultaret etsi, quod conuentio continens contractum innominatū, puta de

97 de dando ſtychum,vt des Pamphylum,
vel quid ſimile, non dicatur continere
cauſam, diceretur conuentio veſtita,etiã
ante rei interuentum, ſeù implementum,
quod eſt falſum: & proindè concluden-
dum eſt, quod ex ſola ſpe aduenientis
conditionis pactum veſtiri non poteſt;
niſi accedente rei interuentu, & ſic in-
telligendus eſt, *Afflict. in decif. 389. ſub
n.2.* quando dixit,quod illa conditio ha-
betur pro cauſa in pacto nudo, quia in
caſu relato per *Afflict.* fuit conſiderata
conditio, tanquàm reſultans hinc indè
contractus innominatus: veluti *facio, vt
des*, hoc eſt ſi oſtiendam tibi inſtrumen-
tum, dabis mihi decem, ſi non oſtendo
dabo tibi decem: nàm illud factum ne-
gatiuum, *ſi non oſtendam*, habetur pro
facto, & dicitur adimpleta conditio, ac
ſi res interueniſſet,vt ſupra diximus,quia
tunc ſi oſtendit, hoc eſt non facit, vt da-
98 ret *arg d.l.§.1.ff.de condit. indeb.* & ſuo
loco fuſiùs dicemus, quod non eſt ſic,
quando veſtimentum pacti pendet à ſo-
lo futuræ conditionis implemento, quia
tùnc illa ſola conditio non poteſt eſſe
cauſa in illo pacto;& an, & quando ſpõ-
ſiones valeant ad propoſitum *Afflict.* vi-
de *Azor.inſtit.moral. in loco infra cit.* Sed
non quod ex eo oriatur actio, ſed officiũ
Iudicis duntaxàt ad implendum. *Faceb.
contr.iur.lib.2.cap.110.in fine.*

Pactum etiam veſtitur iuramento,
maximè hodie in vtroque iure,ciuili ſci-
licet, & canonico *Vrſill. ad Afflict. decif.
194.& decif.120.& d.decif. 389.n.3.* de
communi teſtatur *Mantica* dicens *d.tit.3.
ſub n.25.* quod in foro etiam ciuili dici
99 poteſt ex iuramento promiſſorio oriri
actionem, quia nouiſſimo auth. Impera-
tor Iuſtinianus in ijs,quæ reſpiciunt pec-
catum profitetur,ſe velle canones imita-
ri, vt *in auth. quomodo opert. epiſc. circa
princ.* & *in auth. de Eccleſ. & in auth. vt
clerici apud Propr. Epiſc. §.ſi verò Eccleſia,*
ſed vt ſeruetur iuramentum, agitur de
vitando periurio, quod eſt peccatũ gra-
uiſſimum, ergo etiam de iure ciuili com-
petit actio *Abb.in cap. conueniunt in fine
de inſtit. Alex.conſ.69.in 1.et 12.lib.3.* hãc
eandem opinionem probat pro magis
communi ex longa Doctorum remiſſio-
ne *Ant.Gabr. lib.2. tit. de iure iur.concl.9.*
*& 10. D.Carl.de Iudic.ſiuè diſput.iur.lib.1.
tit.2.diſput.1.q.8.Azor.inſtit. moral.par.3.
lib.6.cap.5.* vbi ſpecialitates iuramenti
quando obligent,vel non obligent.

100 Eſt etiam quæſtio, an hoc pactũ ve-
ſtiatur calore iudicij, hic articulus eſt
ſubtilis, & terribilis ſecundum *Aretinum
in l.1.in 1.n.7.ff.de verb.obligat.* & *in l.ſi-
ue apud acta col.3.de tranſact.* nàm ſecun-
dum ipſum probatur primò, quod pactũ
nudum non veſtiatur calore iudicij ad
producendam actionem ex *l. ſiuè apud
acta cum gl.n.4.verſ.in gl.* ſecundò proba-
tur, quod ſi plures clerici conueniuntur
in iudicio,vnus pro alio poſſit fide iube-
re, dumodo promittat ſollemni ſtipula-
tione,ex quo ſequitur,quod promiſſio fa-
cta in Iudicijs debet eſſe ſollemnis,ſicuti
extraiudicialis *text.in l. omnes ſcimus, C.
de epiſc.& cleric. Aret.in d.l.pacto 1. n.8.ff.*
101 *de verb.oblig.* Tertiò:nàm clauſula in
fine poſita refertur ad omnia præceden-
tia:niſi diuerſitas ratio reddi poſſit, *l.1.ff.
de liber.prat.& l.tali ſcriptura in fine,ff.de
legat.1.* at qui *in l.1. vſque ad l.5. §.ſtipu-
latio,ff.de verb. oblig.* enumerantur ſtipu-
lationes iudiciales,prætoriæ,& conuen-
tionales, deindè *in §.ſtipulatio,* generali-
tèr ſtipulatio diffinitur, ergo illa diffini-
tio;tàm ad iudiciales, quàm ad extraiu-
diciales ſtipulationes debet referri, cui
conſequens eſt dicere,vt pactum nudum
in iudicijs non habeat vim ſtipulationis,
quia non fuit ſeruata forma in eius ſti-
pulatione.

102 In contrarium facit: nàm cautio nu-
da à cauſa ſi ſit facta in iudicio eundem
habet effectum,ac ſi eſſet facta cùm cau-
ſa, *gl.in l.1.ff.de interrog. act.* igitur à pari
nuda conuentio in iudicio perindè ha-
beri debet,ac ſi eſſet interpẽſa ſtipulatio,
quia paria sũt,quod cautio ſit nuda à cau-
ſa,& quod cõuentio ſit nuda à ſtipulatio-
ne:cùm nullũ poſſit ſuũ effectũ ſortiri. *l.
cũ indebito in fine.ff.de probat. & in l.2.§.
circa,ff.de dol.mal.except.&.ſi cautio de fide
inſtrum.* Imò calor iudicij videtur eſſe po-
tẽtior,quia ſupplet defectũ cauſæ,quẽ nõ
ſupplet ſtipulatio, *d.l.circa,ut Soccin.* firmat
in d.l.1.in 1.n.2.ad finem,ff.de verb.ſign.

103 Tu dicas, quod aut promiſſio in iu-
dicio facta reſpicit expeditionem iudi-
cij, & implicitam habet confeſſionem ex
par-

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITT. EMANUELE

Digitized by Google

parte rei conuenti, & tùnc calore iudicij
vestitur pactum, veluti si reus promisit
soluere iudicatũ, & sic promissio est cer-
ta, *l. tale pactum, §. qui reuocauit, ff. de pact.*
ex quo, tùnc promissio implicitam habet
confessionem *Ripa in d. l. 1. in 1. n. 22. ad
finem vers. secundo limita. ff. de verb. oblig.*
& ideò sicut confessio simplex facta in
iudicio parit actionem in factum contrà
confitentem, *l. & si possessori, §. pæn. ff. de
iureiur. l. actori, C. eod. tit. l. 1. C. de confess.*
Ità, & multò magis promissio facta in
iudicio, quæ pertinet ad expediendum
iudicium, & est determinata, debet eam
producere: nàm pactum nudum, quo iu-
dicium firmatur, officio iudicis executio-
nem habet, sicut res iudicata, *l. eum pro
quo ff. de in ius voc. & l. si remunerandi,
§. Marcus aliàs Marius, ff. mandat. Bald. in
l. tale pactũ, §. qui pronocauit col. 3. sub vers.*
Nonò quærit *ff. de pact.* sequitur *Alex. in
rubr. de verb. obligat. n. 7. &* 8. dicẽs, quod
si pactum tendat ad adimendum iudiciũ
non est nudum, sed vestitum calore iudi-
cij, aut verò promissio facta non est cau-
sa expediendi, seù adiurandi iudicium,
vt scilicet præstetur quod petitur, sed po-
tiùs causa recedendi à iudicio, & tùnc
tale pactum calore iudicij non vestitur
d. l. sinè apud acta, C. de transact.
104 Vlteriùs si promissio, quæ fit in iudi-
cio causa expediendi iudicij non sit om-
ninò certa, sicùti est promissio de iudicio
sisti in futurum, quæ non habet implici-
tam, & certam confessionem calore iu-
dicij non vestitur, & proindè nullam pa-
rit actionem; *d. l. dantes, §. in hac l. 2. C. de
Episc. & Cleric.* quã extollit *Aret. loco cit.*
& hoc secundum eum habet locum nisi
promissio contineat id, quod præstandũ
est ex dispositione legis, iuxtà *auth. gene-
raliter cùm gl. in verbo conscribat de Episc.
& Cleric.* animaduertens *Aretinus in d. l.
1. in 1. n.* 8. quod licet ibi dicatur, quod
quis debeat in scriptis profiteri, quod
105 soluat expensas, potest tamen intelli-
gi, quod priùs efficacitèr cauere habeat
recipienti nomine partis, & hanc pro-
missionem redigere in scriptis, vt colli-
gitur *in auth. libellum, C. de lit. contest. &
auth. quod fieri, C. de lit. contest.* subdens
Aretinus in d. l. apud acta, quod si pactum
conuentum coram Iudice non pertineat
ad expediendum iudicium, secundum
Doctores, nullo modo potest vestiri iu-
dicij calore, quia etiamsi pactum sit à iu-
dice confirmatum naturam habet potiùs
pacti, quàm actus iudicialis, *l. si pactum,
§. 1. vers. respondi, ff. mand. & Bald. in l. siuè
apud acta in 1. vers. vlt.* notat *ex l. 1. C. de
satisd.* quod cõtractus factus apud acta,
vel in scriptis non magis valeat, quam
factus sit extra iudicium, & sine scriptis.
106 Vltimò videndum, an pactum nudum
vestiatur à causa, & non posse pactũ nu-
dum à causa vestiri, probat pluribus ar-
gumentis *Mantica de tacit. & amb. lib. 24.
tit. 8. sub n. 6.* etiam si causa sit iusta.

Primò, quia si pactũ iure ciuili à causa
vestiretur, sequeretur infallibilitèr, quod
pactũ causa donationis ante *Iust.* debuit
producere actionem, quod affirmare es-
set ineptum, tanquàm à Iustiniano intro-
ductum, *l. si quis argentum, §. si quis autẽ,
C. de donat.* & sic argumentatur *Alex. in
d. §. quinimo n. 8. ff. de pact.*

Secundò, si pactum nudum à iure ci-
uili vestiretur, talis conuentio, *promitto
tibi dare stychum, vt mihi dès Pamfilum*
produceret actionem, quia iustam habet
causam, & consequentèr esset vestita, &
tamen tale pactum ante implementum
non parit actionem, *d. l. iurisgentium in
1. vers. sed si in alium, & l. ex placito, C de
rer. permut.* & diximus mox supra.

Tertiò, si pactum nudum vestiretur
causa, certè sequeretur, quod promissio
facta pacto nudo sub conditione, saltim
impleta conditione, produceret actionẽ,
quia conditio habetur pro causa, nàm
stipulatio conditionalis, impleta condi-
tione, suum effectum sortitur, quæ tametsi
non habeat causam eliditur doli mali ex-
ceptione, *l. 2. §. circa, ff. de doli mali except.*
iuxtà *l. à Titio,* ibi, *communitèr Doct. ff. de
verb. oblig.* & tamen promissio pacto nu-
do sub conditione non producit actio-
nem, vt suprà diximus, quia nulla lege
id cauetur, & licet *Ang. in l. non ad præsens
n. 1. ff. si cert. petat. per illum text.* aliud di-
xerit, & existimet, ibi esse casũ singularẽ:
tamen id intelligitur, vt habeat locum
quando conditio apponitur pro causa
finali, vt *in l. periculi, ff. de naut. pæn.* vel
quando adiacet causæ finali, vt *in l. la-
beo, ff. de contrah. empt.* alioquin ex euentu
con-

conditionis pactum nudum vestitur, vt notatur *in l. si quis vero debitore, ff. de iureiur. & in l. si intra. ff. de pact.* prout declarat *Bald. in l. quoniam, C. de rer. permut. & in l. si intra n. 2. ff. de pact.* alioquin diceretur derisorium esse, firmat *Alex. d. §. qui nlmo num. 9.* & supra nos diximus.

Et quod in contrarium fuit ponderatum non obstat, scilicet primũ argumentum à contrario sensu, *d. l. iurisgentium*, cùm nulla subest causa, pactum nullam actionem parit, ergo à contrario sensu secus si subest causa iuxta *l. 1. §. huius rei, ff. de offic. eius.*

Respondetur id locum habere, quando implementum causæ est subsecutum, vt patet *in d. l. iurisgentium, & §. sed cùm nulla*, & sic secundum *Bart. in d. §. igitur nuda in princ.* pactum vestitur adimplemento iustæ causæ, non verò ex ipsa iusta causa, vt pariat actionem, & patet in textu *in l. ex placito. C. de rer. permut.* vbi dicit *text. ex placito permutationis nulla re sequuta nemini competere actionem, nisi vbi accessit stipulatio.*

Et illud, quod dicitur, pactum vestitũ nihil aliud esse, quam conuentio, quæ nõ manet in solius placiti finibus, sed transit in proprium nomen, vel sollemnitatem, vel causam, per quam sibi robur, & efficaciam assumit; ideòque actionem parit, vt *Salye.* dixit *in l. legem 10. C. de pact.* ex qua descriptione colligitur, quod causa sicut nomen proprium, & sollemnitas sit vestimentum pacti nudi, quod potest intelligi per carentiam vestimenti, nempè solemnitatis, & causæ per *d. l. iurisgentium d. §. sed cùm nulla*, igitur accedente causa vestitur ab ea pactum nudum; non obstat, quia adhùc nudum dicitur pactũ, etiam accedente causa, à qua eiusdẽ nuditas reparari non potest, nisi subsequatur adimplementum, vt supra diximus, quid enim prodest pactum ad cooperiẽdum nudum, nisi subsequatur vestimentũ per adimplementum, vt nudus aptè vestiri possit, & cooperiri, ad nihil certè, & sic causa est materia, à qua possit pactum vestiri, tamen requiritur forma adimplementi, vt fiat vestitum, à quo aptè pactũ vestiri possit, vt actionem pariat ex suo robore informato, non à causa, sed ab adimplemento *d. l. ex placito.*

Nec obstat, quod in pacto maior est defectus causæ, quàm stipulationis, quia pactum nudum de iure Pontificio producit actionem, *cap. 1. & 3. de pact.* & tamen si sit nudum à causa actionem non parit, quia debet habere causam extrinsecam, veluti liberalitatis, pacis, vel concordiæ, *Bald. in d. cap. 1. n. 5.* ex quo datur intelligi, quod pactum à causa vestiatur *Couar. in cap. quamuis pactum par. 3. §. 4. n. 14. de pact. in 6.* quia id procedit ex robore Canonicæ sanctionis, vt dicit *Bald. in d. cap. 1. n. 5.* quia de illo iurè sufficit, quod æquitas naturalis tanquam causa copulatiua subsistat, vt extollit etiam *Felin. d. text. ibid. num. 15.* & propterea affirmandũ, quod hoc vestimentum in iure ciuili non est receptum, nisi accesserit causæ implementum, vt colligitur ex iuribus desuper relatis, & fatetur similitèr. *Couar. in d. cap. quamuis pact. 2. §. 4. in ver. nihilominùs de pact. in 6.*

107 Et an, et quando ex falsa causa quis dicatur obligari, diximus *in tract. de assist. quæst.* nunc addo *Manticã d. lib. 24. tit. 8. num. 17. vers. de pacto.*

108 Quid si pactum apponatur in contractu promiscuo, nempè vendo tibi codicem, et permuto tibi digestum, à quo ex istis contractibus dicatur pactum vestiri, & an pactum, quod parit actionẽ, vt *in l. si quis* argentum, vestiat aliud pactum nudum. & vtrum vnus contractus possit vestire plura pacta, vide eundem *Bald. d. tract. de pact. sub num. 54.* et an, et quando dicatur potiùs reformatio, quàm informatio, vide *Socc. in l. si quis stipulor sub n. 5.* et an, et quando pactum nudum pariat actionem, vide *Furt. Garz. d. cap. 1. de pact. & Thes. filium quæst. forens. 37. lib. 1.*

ARGV-

ARGVMENTVM.

Pactum in contractu appositum an symbolizetur cùm ipso contractu, vel potiùs è contra.

SVMMARIVM.

1 Pactorum quadam adijciunt, quadam detrahunt, & quadam remouent.
2 Pactum quando continet quid diuersum à contractu.
3 Pacta, qua detrahunt, qualia.
4 Pactum quando dicatur appositum super eodem.
5 Pacta, qua perimunt, qualia.
6 Fideiussor nunquam obligatur ex pacto nudo.
7 Pactum resolutiuum contractus quod.
8 Pactum an sit symbolum acceptilationi.
9 Obligatio quando non perimitur acceptilatione.
10 Pactum non reperitur in cathalago modorum remittendi.
11 Modi solutionum dimittendarum qui.
12 Obligatio soluitur verbis.
13 Acceptilatio quomodo symbola.
14 Obligatio re contracta non tollitur per acceptilationem.
15 Acceptilatio quid.
16 Acceptilatio in quo differt ab Aquiliana stipulatione.
17 Forma Æquiliana stipulationis.
18 Affectus mirabilis inter pactum, & acceptilationem.
19 Pactum licet in facto seruetur, tamen ius ab eo oritur.
20 Pactum quando consequatur incontinenti suum effectum.
21 Pacto quando lex est tanquam causa efficiens.
22 Pacto quando conuentio est causa materialis.
23 Differentia causa efficientis, & materialis in Hispania sublata in pacto.
24 Acceptilatio sub conditione fieri nō potest.
25 Pactum quando sit symbolum acceptilationi in distrahendo.
26 Acceptilatio an versetur in toto.
27 Debitum vnum, an pro alio acceptum ferri possit.
28 Forma acceptilationis quibus modis contrahatur.
29 Acceptilatio quomodo liberet acceptum ferentem.
30 Acceptilatio in quo differat ab acceptatione.
31 Contractus quomodo symbolizatur cùm pactis.
32 Pacto non seruato, potest à contractu nominato discedi.
33 Actio praescriptis verbis subsidiaria.
34 Contractus sortitur naturam pacti, non vero pactum naturam contractus, cui adijcitur.
35 Actio informata ammittit qualitatem informantis, ex quo informabile regulatur ab informante.
36 Iuris idem est de parte ad partem, quàm de toto ad totum.
37 Contractus, & pactum sunt pro eodem, sed tamen pactum sortitur naturam contractus, cui adijcitur.
38 Actio, qua oritur ex pacto non impleto, est debilioris natura, qua nascitur ex contractu, cui adijcitur.
39 Actio subsidiaria praescriptis verbis ex pacto oritur, ordinaria verò ex cōtractu.
40 Pactum remouetur, sublato principali contractu.
41 Pactum appositum super contractu irreuocabili, fit irreuocabile.
42 Pacta accidentalia qua.
43 Pacta quando, & quomodo sint pars pretij, & num. 44.
45 Factum dicitur incertum.
46 Actionem veterem informare, & nouam parere quid.
47 Pacta, quod incontinenti informent, & pariant mirabile est.
48 Actio praescriptis verbis ab actione informata quomodo dignoscatur.
49 Conditio oritur ex eo, quod agitur.
50 Factum condici non potest.
51 Factum non potest ad pristinum statum reponi: & quomodo hoc fit num. 52. & num. 53.
54 Pactum symbolizatur cum contractu, cui adijcitur.

55 Actio

CAP. III.

1 Pactorum quædam adijciunt, quædam detrahunt, et quędam remouēt effectus est, vt actionem pariant præscriptis verbis, et veterem informent, vt *in l. 1 et l. iurisgentium, §. quinimmo interdum, ff. de pact.* veterem actionem informare est, quando competit primo secundum naturam suam, sed ex accidenti trahitur vlterius ad nouam formam, et nouam conuentionem, vt infra mox dicemus, et in isto casu est quando pactum ponitur super eo, quod est diuersum à contractu,
2 prout *in d. l. fundi partem, ff. de contrah. empt.* puta vendo tibi domum pro mille. Deinde etiam appono incontinenti pactū, quód etiam vadas pro me Romam, ecce quod pactum continet quid diuersum à contractu, vt infrà dicemus.

3 Pacta verò, quæ detrahunt, quædam detrahendo perimunt, vt in contractibus bonæ fidei, si aliqua ad detrahendum circa substantialia contractus conuenit, vt cùm conuenissem de decem, conueni de quinque dandis pro prætio: cùm cōuenissem de toto fundo dando per decē, conuenerit de parte fundi, vt exemplificat *Bald. in tract. de pact. sub num. 120. & Bart. in l. 1. §. stipulanti, ff. de verb. obligat. Iaf. inibi sub n. 6. & Bart. Soce. in princ.* &
4 in hoc dicitur pactū appositum super eodem, sed in alia forma cùm augeatur, vel minuatur prætium.

5 Quæ perimunt effectus est, vt naturalē tollant, & ciuilem elidant, exemplum in minore, qui licet ex mutuo obligetur naturalitèr, tamen si intercesserit fideiussor, obligatur ipse efficacitèr ciuiliter, si ei est factum pactum de non petendo, liberatur ipso iure, *l. emptio, ff. de rescind. vendit.* quia fideiussio non est, in quo consistet absque principali obligatione, *l. si hæres pecuniam, ff. ad Trebell.* voluit *Bald. d. tract.*
6 *de pact. n. 122.* Quod intellige, accedente stipulatione, ex quo fideiussor nunquàm obligatur ex pacto nudo, *Carauita in ritu 159. in princ.* Quod adeò verum esse testatur, quod etiā si incontinenti, post contractum, fideiussor absque stipulatione accedit, tale pactum non vestitur cohærentia contractus, vt dicit *Bald. in d. l. ex placito, q. 15.* & voluit *Crem. sing. 108.* & hoc pactum dicitur contrarium contractui, & sic venit ad resoluendum contractum, nō minùs si diceretur vendo tibi domum
7 pro centum, cùm pacto quod domus sit inempta, hoc enim pactum est contrariū resolutiuum contractus, de quo loquitur *text. in l. ab emptore, ff. eod. de pact. l. 1. & 2. C. quando lic. ab empt. disced. l. pacta nouissima, C. de pact.*
8 Huic vltimo effectui symbolizatur acceptilatio, quia per acceptilationem

omninò perimitur obligatio, licet soluta
non sit pecunia,non vero in apoca de re-
cepto confessio redacta, quia apoca non
aliàs, quàm pecunia soluta sit, vt *in l. si*
obligatum, ff.de solut. si obligatum domum
9 (ait text.) *ex causa mandati, non per sti-*
pulationem, nouatione facta, post acce-
ptilationem liberasti, sed tantum receptā
ex eadem causa debitam quantitatem
falso scripsisti, figmento veritatis extin-
gui non potuit obligatio, & *in l. si intèr*
eod.tit. de solut. ait text. *Si intèr Patrem*
tuum, eosque, quos debitores esse dicebas, non
de dubia lite transactio facta, sed parte
tantummodò recuperata, vniuersum se re-
cepisse cauit, nec de superfluo eos, quos verbis
obligauit per acceptilationem obligauit, nec
donationis id factum est, exuberantis de-
biti integra tibi repetitio competit, vt proba-
tur *in l. 1. C. de solut. lib. 10. & in l. si ex ma-*
iore, C. de accept. & in l. siquidem, C. de
transact.

Debiti enim soluti cautio, vel obliga-
tionis dimissæ, & si nunquàm apud vete-
res pacto fieret, vt *in l. tale pactum, ff. de*
pact. acceptilatione sæpissimè fiebat, yt
10 *in §. 1. instit. quib. mod. tollit. oblig.* ex quo
pactum non reperitur in cathalogo mo-
dorum dimittēdi, quia cùm quatuor sint
11 modi obligandi, quatuor dumtaxat in-
uenti fuerunt modi obligationum dissol-
uendarum, nempè solutionis, acceptila-
tionis, nouationis, & consensus, vt *in l.*
prout, ff. de solut. ibi, *Prout quoque contra-*
ctum est, ità, & solui debet, & cùm contra-
xerimus reale debitum, veluti cùm
mutuum dedimus, sic retro tantundē sol-
12 ui debeat, & cùm verbis aliquid con-
traximus, vel re, vel verbis, obligatio sol-
ui debeat verbis, veluti cùm acceptum
promissori, vel cùm soluit quod promi-
sit, æquè non emptio, vel venditio, vel lo-
catio contracta est, quoniā, quod cōsensu
nudo contrahi potest, id etiam dissensu
nudo dissolui potest; inter quos compe-
tit etiam compensatio, *l. 2. ff. de compen-*
sat. & excluditur pactum.
13 Acceptilatio propriè symbola est cùm
verb. obligatione, vt *in l. an inutilis, §. ac-*
ceptum, ff. de acceptilat. & ideò acceptila-
tio verborum obligationem tollit, quia,
& ipsa verbis fit: Vnde si re contracta
14 esset obligatio, non tòlleretur per acce-
ptilationem, quia acceptilatio non ėst
symbola cum contractu, qui non verbis
fit, vt *in l si acceptilatum fuerit, ff. eod.*
15 Est enim acceptilatio liberatio per
mutuam interrogationem, quæ vtriusq;
contingit ab eodem nexu absolutio, *l. 1.*
ff. de accept. & dicitur imaginaria solutio,
§. item per acceptilationē instit. quib. mod.
tollit. oblig. idem solutio sine rei interuē-
tu, *l. imaginaria, ff. de reg. iur.* liberatio,
quæ solutioni est symbola, *l. non solum,*
§. is cui, ff. de lib. leg. vt autem naturaliter
obligationem tollit solutio, sic ciuiliter
acceptilatio, *l. verberatum, ff. de solut.* ac-
ceptum ferre est cōfiteri accepisse, quod
non accepimus, *l. si ex pluribus, ff. de solut.*
l. si seruis, ff. de manum, l. tali, §. 1. ff. de iure
dot. l. cùm non fortis, ff. de pign. act. & dif-
fert à nouatione, quæ non liberat, sed
magis stringit alio vinculo, quàm de-
tinet.
16 Rursùs differt ab Æquiliana stipula-
tione, quia per acceptilationem non na-
scitur nisi vulgaris stipulatio, per quàm
sola verborum obligatio hac forma dis-
soluitur, exemplum, quod ego tibi pro-
misi, habes me acceptum, habeo, acce-
ptum tuli.

Æquiliana stipulatio, per quam om-
nes aliæ etiam obligationes in stipulatu
deductæ, & nouatæ tolluntur, secundum
formam à Gallio Æquilio traditam, qui
singularis fuit in concipiendis formulis,
vt apparet in formula tradita *in l. Gal-*
lus, ff. de liber. & post. de nepote instituen-
do, adhùc viuente patre, adeò quod eum
Cicero euerriculum omnium malitiarum
appellabat, quem tamen laudat *Valerius*
Maximus lib. 8. cap. 2. contractum debitū
nouare, & in verborum obligationem
conuertere, & sic posteà accepto ferre,
d. l. 3. C. de accept. & in l. 4. §. item per ac-
ceptilationem, C. de transact.
17 Formula Æquilianæ stipulationis ta-
lis est, & refert Iustinianus *in §. acceptila-*
tionem in princ. quib. mod. toll. oblig. instit.
Quicquid te mihi ex quacūq; causa dare, fa-
cere oportet, oportebitue præsens, in diemuè,
quarumcumque rerum mihi tecum actio,
quæque aduersus te petitio, vel persecutio
est, eritue, quoduè mecum habes, tenes, possi-
des dolo, vel malo fecisti quantumuis possi-
deas, quantum earum rerum, res erit tantā
pecu-

pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius spopondit id haberet nè à se acceptum Numerius Nigidius Aulo Agerio rogauit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit, de qua quidem stipulatione fit etiam mentio *in l. transactum, & in l. Acquiliana, & in l. cùm Acquiliana*, & in *l. cum Tutor. §. qui per fallaciam*, & in *l. pacto conuencto. C. de transact. l. quidem debitori ff. de dolo.* quam stipulationis formam explicat *Piccard. Instit. in d. §. 1. quib. mod. tollit. oblig.* quæ forma licet sit generalissima, pro certis tamèn concipi potest, etiã pro dirimendis legatis, & fideicommissis sub conditione relictis *Petr. Gregor. Tholos. syntagm. iur. ciuil. vniuers. lib. 21. cap. 19. sub num. 4.*

18 Et hic effectus est mirabilis inter pactum & acceptilationem: cùm regularitèr non sic esse possit, nec debeat, ex peculiari discrimine inter stipulationem, & pactum, quia per stipulationem ipso iure tollitur obligatio, per pactum verò opè exceptionis §. 1. *de replic. Instit.* ratio est, quia cùm stipulatio iuris sit, nihil mirum si per contrariam stipulationem, ipso iure, dirimatur: pactum vero non iuris semper est: imò iuri aduersatur *l. stychus. §. naturalis ff. de solut.* non ipso iure effectum suum parit, sed ope exceptionis dumtaxàt vt *in d. §. præterea.*

19 Nec aduersari videtur *text. in l. fin. ff. de iur. iurando*, vbi habetur, quod pactum licet in facto versetur, tamèn ius ab eo oritur *l. licet §. ea. ff. de procurat. l. si ex plagijs. §. in cliuo ff. ad l. Acquil.* ius istud, quod est obligationis vinculum *instit. in primo* tolli debet ipso iure, vt tollitur obligatio, quæ similitèr iuris vingulum est.

20 Nam respondetur, quod non per hoc, quod hoc ius tollatur, in pacto non remaneat factum, interdum non habens ipso iure effectum, exemplum in pacto de non petendo, post quàm factum subsequutum est, aliud pactum de petendo, obligationem per primum pactum inductum tollit: tamèn ipso iure adhùc pactum remissorium habet effectum, quia si fuisset ab initio simplex remissio, quæ non producit obligationem! cùm non ordinetur ad obligandum, sed ad distrahendum vt *in l. si ità scriptum. §. si sub conditione ff. de leg. 2.* exceptionem doli producere, tamèn eum negatur. Ideo pactum de petendo prodest ad replicandũ, vt *in d. §. pactus*. quod intellige in pacto vestito, quia in pacto nudo datur resolutio ipso iure, per aliud pactum nudum, vt *d. §. naturalis ff. de solut.* puta si nudo pacto promisi tibi decem, & deindè liberasti me per aliud pactum nudum, sed si tertio loco fieret pactum de petendo illa decem, nouus erit contractus. *d. l. iurisgent. §. Ideo ff. de pact. arg. l. pacta conuenta ff. de contrah. empt.*

21 Cæterum contra facit *textum l. deferre §. fin. ff. de iure fisci*, dic quod lex ideo reuiuiscit primum pactum, quia legis est

22 tanquam causæ efficientis plus operari quàm conuentio, quæ est causa materialis, quæuè non trahit actionem, nisi ex tempore materiei, si vltra tempus in idẽ, non in eodem, vt de non esse, quod consensus debet esse de eodem non circa idem, vt perbelle apud *Bald. d. tract. de pact. num. 6.*

23 Quæ differentia hodie apud Hispanos ex peculiari ordinatione *Regis Alfons. ex volum. recop. lib. 5. tit. 16. l. 2.*, fuit sublata, indistinctè obligatio tollitur ipso iure, vt testatur *Parl. rer. quotid. cap. 3. ampl. 2.* ad instar æquilianæ stipulationis, quæ viam sternit acceptilationi, & materiam disponit, redditque idoneam, quæ aliam

24 respuit acceptilationem; cum acceptilatio sub conditione fieri non possit *l. 4. ff. de accept. l. actus legitimi ff. de reg. iur.* nec in diem *l. in diem ff. de accept. d. l. actus legitimi*, qua symbolizatur acceptilatio solutioni *d. l. in diem*, solutio autem vera fieri non dicitur, quæ sub conditione, vel in diem fit, nisi adueniente die, & conditione. *l. non solum §. 1. ff. de lib. leg.* sed adueniente ea, retrotrahitur, & quodam nouo iure firmatur, & fit liberatio, vel accedente nouatione, per quam debitum transfundatur in puram obligationem, vt affirmat *Tholos. loco cit.*

25 Est vlterius symbolum pactum, cùm acceptilatione indistrahendo, quia & si acceptilatio inutilis sit, transit proculdubio in pactum de non petendo *l. si vnicus. §. si acceptilatio. ff. de pact.* inibiq; per *Accurs.* inutilis videlicet ratione conceptionis ineptæ, quod inter absentes fiat, vel sub conditione, vel in diem

argil.prima §. *eum qui ff.de constit.pec.*vel
ratione rei *l.cum emptor.ff.de rescind.ven-
dit. d. l. si acceptilatum* , & animaduertit
Tholos. loco cit.sub num.2.in fine .

26 Qui accepto facit , vel totum vel par-
tem eius , quod stipulatus est , debet ac-
cepto ferre: inde quia totum est stipula-
tus, ex eo non potest quod nec totum
est , nec pars , accèpto ferre , veluti qui
fundum stipulatus est non potest vsum-
fructum casualem , vel viam fundi ac-
cepto ferre, cæmenta , vel fenestras , vel
parietem *d.l. & per ius iurandum.* §.*illud.*
cum similibus , nec aliud debitum pro
27 alio non debito accepto ferri potest,vt
si vsusfructum mihi debitum nõ tanquã
vsum tãtum debitũ accepto ferre valeo:
possum tamen vsum accepto ferre,vt de-
ducto à fructu , cùm vsus sine fructu
constitui possit *d. l. per iusiurandum* . §.*si
quis vsumfructum* , & si acceptilatio non
est symbola cùm rogatione nullius est
momẽti, nàm si aliud accepto tuli, aliud
tu rogasti perperam agimus *l. pluribus
ff.de accept. & l.si ex pluribus ff. eod. & d.
l. Acquiliana ff.de transact.*

28 Formam & intentionem acceptilatio-
nis bifariam contrahi ex præscriptis à
iure affirmat *Tholos. loco cit.sub nu.9.vers.
cæterum* hic animaduertendum est , nem-
pè vel in rem , vel in personam fieri; ve-
rum si concipiatur in rem vnus ex pluri-
bus rei stipulandi acceptilatus , contin-
git liberatio insolidum *d. l. & per ius iu-
randum.*§.*fin. & l.2.*§.*fin.ff.de nouat.* & in
hoc etiam differt acceptilatio à pacto ,
in quo diuersum statuitur *l.si vnus verb.
ff. de pact.arg.l. si quis reum* §. *fin.ff. de le-
gib. l.cum duo ff. de duob. reis l.si reus.* §.*si
duo ff. de nouat.* & in acceptilatione reso-
luta vna parte contractus , si quid ali-
quid non excipiatur , omnis contractus
29 dissoluitur *l.fin. ff.de accept.* sed quando
in persona rogantis accepto fertur, libe-
ratur tantum is , cui accepto fertur , &
alij remanent stipulatione obnoxij *l. 2.*
§.*si tamen hominem ff. de verb. oblig.* in
verbo *acceptilatum* , quod limita in
principali liberato acceptilatione, quia
tunc dicitur etiam liberatus fideiussor
l.si ex pluribus §.*fin.ff.de accept.*nã princi-
pali obligatione sublata acceptilatione ,
omnes eius clausulæ,appendices, & aliæ
eius partes videntur collapsæ *l. si accepto
fuerat ff. eod.*

30 Differt nunc acceptilatio ab accepta-
tione in forma , & in effectu, quia in ac-
ceptilatione requiritur interrogatio , &
responsio incontinenti , in acceptatione
nõ requiritur hæc forma in effectu, quia
qui accepto fert, idest qui acceptilat aliũ
à se abdicat , qui acceptat aliquid sibi
adiungit *Polyd.Ripa obseruat.*344. in fine ,
& an sicuti stipulatio tollitur per aliam
stipulationem, sic etiam acceptilatio per
aliam acceptilationem vide *Bart. in l.si
vnus* §.*pactus ff.de pact.nu.*724.,& an ho-
die omnes contractus resoluantur per
acceptilationem, ex quo in omnibus , vt
plurimum accedunt stipulationes , hæc
quæstio pendet ab ea,an scilicet stipula-
tio sortiatur naturã contractus, cui adij-
citur, vel è contrà,vt in subsequenti cap.
dicemus , & ibi habebis resolutam hanc
quæstionem, & latiùs dicemus in *lib. 4.
cap. vlt.in 2. symbolo inter contractum
& distractum.*

31 His sic premissis,deueniamus ad insti-
tutam quæstionem , & videtur dicendũ,
quod contractus symbolizatur cùm pa-
ctis , quæ incontinenti apposita nouam
producunt actionem , & veterem infor-
mant,vt *in d l. iurisgentium* §.*quinimmo* ,
ergo si nouam producãt actionem, & ve-
terem informant, contractus, cui adijci-
tur pactum sortitur naturam pacti , non
è contra,pactum naturam contractus .

32 Secundo probatur per *text. in l. cum
te fundum.C.de pact.inter empt.& vendit*,
vbi disponitur, posse etiam à contractu
nominato discedere ob pacta non serua-
ta , quod est contrà alium *text. in l. ex
conditione C.de rescind. vendit.* vbi habe-
tur,quod ob pacta non seruata in se locũ
non habet resciffio contractus , sed bene
vel agi debet ad implendum promissum,
nempè ex vendito , & tunc ad quod in-
terest , vt per *gl. in d.l. ex conditione. C.de
rescind. vendit. Arius Pinellus in rubr. de
rescind. vendit. num.* 32. aut ob causam ,
vt *in l.deb. tib.ff.de condit.caus.dat. & in l.
naturalis ff. de praescript. verb* , & tùnc ex
contractu innominato , non ex nomi-
nato .

33 Tertio , actio præscriptis verbis tan-
quàm subsidiaria cessat, vbi alia datur
actio

Digitized by Google

actio, *l.quot. ff.de praescript. verb.* Sed hic competit actio praescriptis verbis, quae concurrit cùm actione informata, quae non concurreret, nisi contractus sortiretur naturam pacti, aliàs, si secùs, cessaret actio praescriptis verbis tanquàm subsidiaria, & vendicaret sibi locum dũtaxàt actio informata ex contractu famosiori exorta, vt notat *Alex.in d.§.quinimmo col. 4.sub n.*11.dicens, quod ex illo textu cõpetit actio informata, ergo non debet competere praescriptis verbis.

34 Quartò probatur, quod contractus sortitur naturam pacti, non verò pactum naturam contractus, cui adijcitur: nam actio quae informatur à pacto, mutat totaliter suam substantiam, vt perdat eam, quae erat bonae fidei ex vendito, & assumat illam, quae est stricti iuris ex pacto, vt probat *gl.in d.§.quinimmo*, ergo cõtractus sortitur naturam pacti in eo adiecti.

35 Probatur sexto per eandem *glos.in d.l. quinimmo*, vbi dicit, quod actio informata assumit qualitatem informantis, quod informabile regulatur ab informante, sed sic est, quod actio ex vendito est informabilis, cùm habeat suam essentiam ex contractu informabili substantiali venditionis, vt pluries diximus, igitur contractus informabilis assumit naturam contractus informantis, qualis est pactum ad contractum.

36 Caeterum in contrarium faciunt infrascripta argumenta. & Primo, nàm idẽ iuris est de parte quo ad partem, quod est de toto quoad totum, *l. qui de toto cũ similib. ff.de rei vend.* sed ex toto contractu emptionis, & venditionis non oritur actio praescriptis verbis, sed ex empto, & vẽdito, *l.ex empto in princ.& l.Iulian.§.ex vendito, ff.de act.vendit.* igitur etiam non debet oriri ex pacto, quod pars debilis est contractus *l. fundi l. partem, ff.de contrah.empt.* ne eadem res diuerso iure censeatur, *l.eum qui edes cùm similib. ff.de vsucap.*

37 Secundò argumentatur, nàm quando contractus, & pactum sunt pro eodẽ pacto, quod stipulor mihi tradi, & incontinenti paciscor mihi fieri, vel si dono tibi rem, & trado, quo casu quando donatio incipit à traditione nõ venit euictio, *l. Aristo, §.fin. vbi gl. & Bart. ff.de donat.* quod si incontinenti appono pactum, quod tenear de euictione, quod ex isto pacto non poteris agere, quia non resultat contractus innominatus, ergo illud pactum sortitur naturam contractus, cui adijcitur.

38 Tertiò argumentatur, nàm actio, quae oritur ex pacto non impleto, est debilioris formae actione exorta ex contractu, cui adijcitur pactũ, quia prima nuda, secunda informata, prima incerta, secunda certa, prima generalis, secunda specialis, prima absque nomine, secunda cum nomine, ergo ex omni sui parte famosior secunda prima, & tanquam famosior, & magis digna assumit in se naturam minùs famosae, & minùs dignae, cùm dignũ àttrahat ad se minùs dignum.

39 Quartò facit, nã ex pacto oritur actio praescriptis verbis, quae est subsidiaria, vt supra probauimus, ex contractu vero oritur actio ordinaria habens fomitem ab ipso contractu, sed actio ordinaria facit cessare subsidiariam, ergo potiùs pactum debet sortiri naturam, & cõfundi cũ cõtractu cui adijcitur, quàm è contrà.

40 Quintò, facit nàm sublato principali contractu, pactum remouetur ex natura relatiuorum, vt *in l.vlt ff.de accept.* quod non est secus, sublato pacto, remouetur contractus: cùm contractus perfectus, & absolutus potest stare absque pacto, *d. l. ex condit. ff.de rescind.* ergo pactum sortitur naturam contractus, cui adijcitur, & non è contrà.

41 Sextò facit, nàm pactum interpositum super contractu reuocabili, est reuocabile, cùm non possit habere pactum maiorem firmitatem quàm stipulatio, vt pluries supra probauimus, & etiam stipulatio interposita super contractu reuocabili fit reuocabilis, *Bart.in l.fin.per illũ text. ff.de solut. & l.cùm quis decedens, §. Codicillis, ff.de leg.3.* ergo, & pactum.

42 Pro dilucidatione eiusmodi dubij est opere pretium diguoscẽdum, quod praeter naturalia, & substantialia contractus emptionis, & successiuè alterius contractus nominati, accedunt etiam aliqua accidentalia, & sunt illa pacta, quae sine illis talis contractus stare potest, *d.l.pacta conuenta, ff.de contrah. empt. d.l.iurisg. §. adeò, ff. de pact.* & consequentèr si ali-

quod

quod pactum emptioni, & venditioni
adijciatur super substantiam, & naturam
contractus, accidens dicitur, veluti si in-
ter emptorem, & venditorem conuene-
rit, vt alter eorum Romam proficiscatur,
vel aliquid agat, quod alterius ex con-
trahentibus parit interesse, hoc pactum
neque ad substantiam, neq; ad naturam
emptionis, & venditionis pertinet, sed
incidit in emptionem, & venditionem,
*Bald. in d. l. pacta conuenta, & in l. venden-
tis, C. de contrah. emp. & vendit.* quæ qui-
dem pacta pendent à libera contrahen-
tium voluntate, *l. inconuentionalibus, &
l. 1. §. 4. conuentionales, ff. de verb. oblig.* in
eorum etiam liberam voluntatem pos-
sunt referri, *Bart. in d. l. in vendentis n. 3.*
quod secùs est in substantialibus, *Bart. in
l. sicni legatum in 1. ff. de legat. 1.*
43 Est vlteriùs sciendùm, quod licet talia
pacta in contractu venditionis apposita
sint pars prætij, vt probatur *in l. fundi
partem. ff. de contrah. empt. & in l. sterilis,
§. si tibi, ff. de act. empt.* illud autem intel-
ligitur, quoad informandū contractum,
quia actio èx vendito ad ipsa pacta ex-
tenditur, atque pacta illa informant
actionem, *d. l. iurisg. §. quinimo, ff. de pact.*
44 non quod pacta sint pars prætij quoad
qualitatem actionis, vt scilicet actio ex
vendito, quæ competit pro exequutione
45 pacti, sit bonæ fidei, & quod tale pactū
contineat factum, quod incertum dici-
mus, *§. preterea instit. de empt. & vendit.* &
in eo agitur ad dandum, *l. emptorem in
1. ff. de act. empt.* talia enim pacta verè
pars prætij esse nō possunt, quia nō consi-
stunt in pecunia numerata, *§. item pretiū
instit. eod. tit.* symbolizatur benè verum
in emptiónem, & venditionem, vt probat
*Dec. in d. l. bonæ fidei n. 4. in fine, & in l. pe-
tens n. 22. C. de pact.* & adnotauit *Mantica
de tacit. lib. 4. tit. 25. sub n. 8.* & sic intelli-
gendum *D. Ronit. in decis. 8.* sequutum ab
Altimar. ibid. n. 4. qui dixere, pacta posse
esse pars prætij, & malè absque ista de-
claratione.
46 Et hoc est, quod voluit dicere *textus
in d. §. quinimmo interdum, ff. de pact.* vete-
rem informat, & nouā parit: nàm veterem
informare actionem est, quando compe-
tit primo secundum naturam suam, sed
ex accidenti trahitur vlteriùs ad nouā, &
nomen consecutionis, & in hoc non re-
pugnat, quod actio præscriptis verbis
concurrat cùm actione informata, nec est
mirandum, si pactum incontinenti appo-
situm influat in alterum, & influitur sibi,
prout patet per exemplum naturale, si si-
gillum imprimatur in ferro calido, in for-
mat ferrum, & recipit calorem à ferro, si-
cuti nulla prætij mentio facta fuisset,
tùnc certè esset verè contractus innomi-
natus, in quo nulla esset ratio, quæ infor-
mari possit, vt notatur *in l. tenetur, §. 1. ff.
de act. empt. & in l. fundi partem, & l. quod
fundum, ff. de contrah. empt.* & videtur hoc
47 esse mirabile, quod incontinenti pacta
informent, & pariant, *l. 2. C. de pact.* quia
vbi habet locum alia actio, non habet lo-
cum præscriptis verbis. Respōdetur, quod
actio informata non nascitur ex pacto,
sed datur ad merum, quod propter pa-
ctum, qualitates, & quælibet accidentia,
sicut est hoc accidens, à quo dicimus
actionem informari non nascuntur, sed
dantur, actio verò ex pacto. Vnde eun-
dem fontem, & principium non habent,
actio enim præscriptis verbis nascitur ex
eo, quod agatur: nàm ad repetendum,
48 quod datum est, non competit præscri-
ptis verbis, vt *in l. naturalis, §. sin autem,
ff. eod.* quod sit diuersi principij actio pre-
scriptis verbis ab actione informata, pa-
tet etiam a modo concludendi in facto,
per quam cognoscitur diuersa natura
actionum. *Bart. in l. cert. conditio in 1. &
Alex. in 6. ff. si cert. petat.* Atqui quando
agitur pro conttactu venditionis mediū
concludendi erit in libello, quod vendi-
di, vel quod emi, quando autem agitur
ex pacto, medium concludendi est, quod
feci pactum.
49 Cōdictio enim oritur ex eo, quod agi-
tur vt *in l. si is qui §. sic libero, ff. eod.* præ-
scriptis verbis vero ex eo, quod expressè
agitur, proindè ad condicendum nō ha-
bet locum præscriptis verbis, hæc talis
actio competit ad repetendum datum,
quia in eo contractu innominato *facio,
50 vt des*, si præueni in faciendo factum
non condico, quia condici nō potest, nec
quanti mea interest non fecisse, quia il-
lud succederet in locum cōdictionis fa-
cti, *l. si cùm sortem libertum, ff. de condict.
indeb.* sed quanti mea interest, quod ne

fa-

facias, quæ succedit in loco actionis, quæ
51 proponitur ad contractum, vt quia factum non possit ad pristinum statum reponi, nec agit præscriptis verbis. Idem dico in ficta donatione, & in remissione querelæ inofficiosi: nàm cùm instaurari non possit, non potest condici, & licet contrahenti fieret remissio, & sic ei aliquid deesset, tamen sola doli actio competeret, *l. cùm mota*, *C. de transact.* verùm si tale factum esset, quod condici poterit, datur actio, prout in donatione, *l. si quis accep. C. de donat. quæ sub modo*, & probat *Bart. in l. si pecuniam*, *vers. sumus expediti sub nu. 16. ff. de condict. caus. dat. & Bald. in d. tract. de pact. sub num. 113. vers. item alia ratio.*

52 Vel dic secundum Iasonis distinctionem. *§. actionum, num. 99. instit.* quod aut ex facto meo quod egi aliquid sibi adest, puta conueni inter nos, vt liberarem te, & tu dares mihi decem, et ego te liberaui, et sic ex facto meo in te est libertas, vel quia renunciaui liti contrà te motæ, vt mihi dares decem, tùnc habet locum actio præscriptis verbis, *d. l. cùm mota*, et ibi *Bart. & in l. actione, C. de transact.* aut ex meo facto nihil ad te peruenit, puta quia liberaui seruum meum, et inter nos conuenit, vt dares mihi centū, et tùnc conuenit mihi actio de dolo, *ad text. in l. qui nummi, ff. de in rem verso, l. cùm proponas, vbi gl'os. & Doct. C. de dolo*, ratio est, quia quando impleo factum, ex quo nihil tibi quæritur, ius ciuile non reputauit æquum, quod mihi daretur actio præscriptis verbis contrà tè, qui nullum commodum recepisti ex facto meo, et ideò cùm cesset æquitas pariens hanc actionem, nihil mirum si ea cesset, sed prætor considerans, quod tu decepisti me faciendo, dedit actionem suam de
53 dolo, quod secus est, quando ex facto meo tibi quæritur, quia tùnc ex æquitate datur actio præscriptis verbis, quæ signanter adnotauit, *glos. in d. l. pacta conuenta, ff. de contrah. empt. lit. E. vers. nouam emptionem.*

54 Ex quibus patet optima cōclusio, pactum symbolizari cùm contractu, cui adijcitur, quamuis recipit fomentum ab eo, et quatenùs nouam actionem producit informatam adhærentia ipsiusmet contractus, non vero quatenùs veterem actionem informet, quia tùnc contractus symbolizatur in pactum, tanquàm in causam finalem, sine qua partes nullatenùs contraxissent, nisi implerentur talia pacta, & sic responderur ad

55 Primum, secundum, tertium, & quartū argumentum, non esse verum, quod actio informata, quæ erat bonæ fidei sortiatur naturam actionis informantis, nempè præscriptis verbis, quæ est stricti iuris, quia nullibi cauetur, vt actio ex vendito immutet propriam speciem per accidēs, *§. actionum, instit. de act.* nec obstat, quod subrogetur loco actionis præscriptis verbis, quia licet talis actio de sui natura sit stricti iuris, tamen vnita cum actione bonæ fidei assumit eius naturam, tanquā magis priuilegiatam quātum ad effectū, vt notat *Bald. in d. §. quintimmo.*

56 Cæterùm adhuc difficultas est in suspenso, quia cùm dixerimus, ob pactum non seruatum, quod incidit in contractum, & est causa finalis, sine qua non contraxisset, qua non impleta, rescinditur contractus, iuxta *text. in d. l. cùm te fundum*, & sequuntur quamplurimi *Doct.* allegati ad propositum à *Ramonio consil. 8. per totum*, cùm quo scilicet iudicio formari debeat dicta rescissio, & cùm qua actione, non præscriptis verbis, quia ea tanquàm subsidiaria cessat, vbi aliud est remedium ordinarium, vt supra satis ostendimus, nō condictione ob causam, quia tùnc affirmaremus, vtique contractum fuisse innominatum, pro quo competit dicta actio, vt *in d. l. naturalis, & l. dedi, ff. de præscript. verb.* quod non probatur *in d. l. cùm te fundum*, in qua apparet, contractum fuisse nominatum, non actio ex vendito, quia tùnc non poterat agi ad ea, quæ interest, vt supra etiam probauimus, nec ex capite pœnitentiæ, quia in contractibus nominatis non datur pœnitentia ex vna partium.

57 Dic quod competit condictio *ex d. l. cùm te fundum* cum imploratione officij Iudicis, vt patet *in d. l.*, ibi, *& additus competens Iudex fundum, cuius mentionem facis, restitui tibi cum fructibus suis, sine vlla ludificatione, authoritate perficiat, præcipuè cùm, & aduersa pars, receptis num-*
58 *mis suis nullam passam videri posse iniuriam,*

riam, aduerſus quæ, licet obijci poſſet (quod alij obijciunt) non reſpectu ſcilicèt ſolius certæ rei, aut certi facti fundari deciſionē illius *text.* ſed benè ex alio, quippè quia exiguum fuit etiam prætiū, vt in eo ibi, *exiguo prætio tranſtuliſti*, & quod proinde,ceſſante exiguitate prætij ceſſet etiam eiusdem diſpoſitio.

59 Reſponſio tamen fit obuiam, verbum ſcilicet illud, *exiguo prætio* non pro ratione decidendi vniuerſali fuiſſe poſitū in textu illo, ſed bene ex contingentia facti, quæ talis emerxerant in eo: cùm etiàm, circumſcripta dicta modicitate prætij, quando ſcilicet fuerit contemplata certa res,vel certum factum, quæ dederunt cauſam contractui, vt ſcilicet detur reſciſſio venditionis voluerunt *Paul. de Caſtro in d.l.cùm te in fine Bald. in l.fin. num.*11.*ff. d. condit.ob cauſam,Pinellus de reſcindi vendit. cap.*2. *num.*20. *& Burſat. conſ.*191. *num.*16. *vol.*2.

60 Probatur contingentia facti in eiſdē verbis *text.* Primo in principio ibi, *in alium tranſtuliſſe commemores*, quæ verba indicant tales extitiſſe ſupplicatorias præces *Caio Carino, & Numiniano Auguſtis*, & ſecundo, quia in reſponſo poſtmodum ad caſum propoſitum Cæſares præfati nihil de exigentia prætij, ſed tātum de non adimpleta promiſſa fide,ibi, *poterit tibi ea res non eſſe fraudi, quando non completa promiſſi fide, domini tui ius in ſuam cauſam conuerti conuenïat* ſemper ergo quod ratio alicuius extrinſeci ſiuè facti, ſiuè rei, quæ quoquomodo dederint cauſam contractu, vltra prætium, & ſic vltra naturalia, & ſubſtantialia contractus contemplanda veniet, poterit vtique ad inſtantiam alterius,quem intereſt rem eſſe in emptam, aut non venditam, reſcindi contractus dūmodo tamèn concurrant.

61 Primo quod dictæ rei, vel facti contemplatio probetur ſecundum *Paul. de Caſtro in d. l.fin. num.* 16 *ff. de condit. ob cauſ. Fulg.in d.l.*2.*circà finem C.eod. tit. & Pinell.de reſcind. vendit.d. cap.*22.*cæteriq; paſſim*.

62 Secundo dumodo ad id imploretur officium Iudicis, vt patet *in d.l.*cùm te fundum, & ſupra probauimus, ex quibus duo alia ſpecialia ſeliguntur, Iudicem ſcilicèt debere eſſe procliuem in reſcindendo, & ſecundo nullam parti aduerſæ videri fieri iniuriam,dùm receptis ſuis nummis rem reſtituit.

Ex quibus patet Primo, quod tametſi dicta legis diſpoſitio videatur loqui ex-
63 preſſe de venditore, vt ſcilicet venditori competat reſciſſio ex cauſa deſupèr relata: attamen etiam venditori ea impertitur ex vniuſque correſpectiuitate: Nàm non debent ij ad imparia Iudicari: cùm in contractibus ſeruanda ſit æqualitas *l.ſi ſocius pro filia ff. pro ſocio* intantùm quod vni licet ratione ſymboli, alteri licere quoque debet ad *text. in l.*1. *C.de Cupreſſis,& loco d.phef.lib.*41.Ità ſuccurritur emptori, qui emerit intrà dimidium iuſti prætij ex emptione læſo, de quo proprie loquitur lex illa *Fab. de Mōte.d.tract.*8. *quæſt.princ.ſub num.*7. *in fine num.* 8.*folio meo* 318. & ad noſtrum caſum vide pulcherrimam deciſionem S.R.C.de qua apud *Thor. Compend. deciſ. Regni parte* 2. *in verbo Contractus permutationis* an iure ſubſiſtet *f.lio meo* 101., & an poſſit à toto, vel à parte contractus diſcedi vide aliam *Thor. relatam* deciſionem *in* 3. *parte in verbo contractus continens venditionem*.

64 Patet ſecundo lapſus *D. Reg. de Ponte in conſ.* 41. *ſub num.*15. *ad* 18. *vol.*1. vbi ex Bartoli ſententia affirmat, dari in hoc caſu, etiam condictionem ob cauſam, cùm, vt iàm diximus, talem actionem nullatenus competere, tanquàm competentem contractui innominato, & eſt magis ſubſidiaria, quàm officium Iudicis, maximè, quia verba textus diriguntur ad Iudicem, ibi, *ſua authoritate perficiet* in quo caſu omninò ceſſat actio in factum *l.ſi ſoror vbi Decius C.de collat.Salyc.in l.*1. *C.de condict. & Sicar. in rubr.C. eod.nu.*5.*&* 8.*Odd. in tract. de reſtit.in integr.quæſt.*35. *art.*6.*num.*30.*Doctores in l. vlt.C.de edict.diu.Adr.Toll.*vbi etiàm agitur de condict.illius legis, *Bero conſ.* 19. *num.*7.*vol* 3.*Coſta de remed.ſubſid.remed.* 34.*in fine*, & in hoc etiam benè dixit *Ramon. d.conſ.* 8. *ſub num.* 12. extendens id etiàm in delictis, quæ mutua compenſatione tolluntur.

Sunt aliqua pacta, quæ non tantum informant contractum, ſed etiam illum refor-

65 reformant, aut immutant, non elidunt: est differentia inter pactum Immutans,
66 & reformans à pacto elidens, quia pactum elidens totum non verè facit contractum, pactum vero reformans, & immutans non facit destruere totam cōtractus substantiam, sed, ea salua, contractus vel transit in aliam formam, vel remanet in eadem, sed cùm aliqua eiusdem formæ alteratione, exemplum erit si vendidero tibi domum pro centum, & postea conueni tecum pro quinquaginta, vel pro centum & decem, diminuendo, vel augendo prætium: tunc enim non in totum eliditur cōtractus emptionis, & venditionis, quia adhuc venditio est, sed quæstio est, an per hoc nouum
67 pactum sit introductus nouus cōtractus emptionis, & venditionis, & recessum à primo, vel sit tantùm idem primus, reformatus tamen in prætio.

Effectus erit maximus: nàm si fuerit per hoc pactum recessum a Primo, & alius introductus venditionis cōtractus, si tractaremus de feudis, nouus requireretur domini assensus, si de soluenda gabella, noua veniret etiam fisco soluenda gabella, si deliberando fideiussores, erūt liberati in primo contractu adhibiti per recessum ab eo, ob nouum contractum, si de iure retractus, adhuc nouitèr ius illud competeret, quod secus esset si non esset immutatus, sed reformatus dumtaxat contractus.

68 Et pro parte quod sit nouus contractus, & recessum à primo facit puntualis *text. in l. pacta conuenta 72. ff. de contrah. empt. in verbo Paulus*, vbi Pomponius ait, *Paulus notat, si omnibus integris manentibus, de augendo, vel minuendo pratio rursùm conuenit, recessum à priori contractu, & nouam emptionem intercessisse videri*.

69 Secūdo probatur per *text. in l. si quam rem ff. de rescind. vendit.* vbi Pomponius ait. *Si quam rem à te emi, eandem rursum pluris minorisuè emero, discessimus à priori emptione, potest enim dū res integra est, conuentione nostra, infecta fieri emptio, atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla præcesserit: sed non poterimus eadem ratione vti, post prætium solutum emptione repetita, nàm post prætium solutum infectam e mptionem facere non possumus*.

70 Probatur Tertio per *text. in d. l. Iurisgentium §. adeo autem*, vbi Vlpianus sic affatur. *Adeo autem in bona fidei Iudicijs conuentiones postea facta, qua ex eodem sunt contractu, irruāt, vt constet in emptione, caterisque bona fides Iudicijs, re non dum secuta, posse abiri: ab emptione si igitur in totum potest, cur non, & pars eius pactione mutari potest? & hac ita Pomponius lib. 6. ad edictum scribit, quod non ab ea parte agentis pacto locum habet, vt, & ad actionem proficiat, non dum re secuta, eadem ratione. Nam si potest tota res tolli, cur & non reformari? vt quodammodo quasi renouatus contractus videatur, quod in insubtiliter dici potest: Vndè illud aquè non reprobo, quod Pomponius libris lectionum probat; posse in parte recedi pacto ab emptione, quasi repetita partis emptione*.

71 In contrarium facit *text. in l. sed, & si vir ex lana §. si vir vxori ff. de donat. inter vir. & vxor.* vbi Paulus scribit. *Si vir vxori, vel contra, quod vendiderit vero pratio, & donationis causa pacificantur, nequidem venditor ob eam rem prestet, videndum est, quid de ea venditione agatur, vtrum res venierit, & totum negotium valeat, an vero ea sola pactio irrita sit, quemadmodum irrita esset, si post contractam emptionem, nouo consilio irrito id pacti fuisset factum, & verius est, pactum dumtaxàt irritum esse*.

72 Secundo facit *text. in l. pratij causa C. de rescindenda venditione*, vbi Iustinianus statuit per hæc verba, *pratij causa non pecunia numerata, sed pro ea pecoribus insolutum consentienti datis, contractus non constituitur irritus*.

71 Tertiò facit *text. in l. si tibi habitationem, ff. locati, & conducti*, vbi *Vlpianus* disponit, *si tibi habitationem locauero, mox pensionem remittam, ex locato, & conducto agendum erit*.

72 Accedunt vlteriùs, præter iura supra pugnantia inter se, Doctorum opiniones contendentes ad inuicem, & diuersimodè articulum diffinientes, nàm

Prima facit opinio *Mart. in d. l. iurisg. §. adeo autem* dicentis, quod primus contractus emptionis non intelligitur sublatus à modificato per secundum, vt probat per *text. in d. §. recedi*, in illo verbo,

quasi repetita, quod enim reseruatum, nō est in totum sublatum, sed modificatum, & si in parte tantùm receditur, ergo in alia parte durat: nam si pactum contrarium non derogat, nisi quatenus contrarietur, eadem ratione, pactum simile non tollit aliud simile, nisi quatenùs possit assignari ratio dissimilitudinis, cùm à ciuili non inducatur peremptio, *arg. text. in l. qui bis idem, ff. de verb. oblig. & l. si debitori*, §. *Marcellus, ff. de legat.* 1. & sic etiam interpretandus est *text. in d. l. lege pacta conuenta, vers. Paulus*, in quo Iuris Consultus loquitur per verbum *videri*, quod non decidit, sed impropriat casum, secundum *Ias. in d. l. adeo in fine col.* 2.

73 Secunda fuit opinio eorum, quod scilicèt in totum sit recessum à contractu veteri, vt probant ex ista *l. pacta conuenta, vers. Paulus*, & meliùs *in d. l. si quàm rem, ff. de rescind. vendit.* & hanc opinionem sequuti sunt *Bart. Ang. & Alex. in d.* §. *adeo autem*, qui vltimus *sub n.* 6. *col.* 1. dicit, quod illa iura statuunt in dubio, esse contractum reuocatum, & sic actio oritur ex isto nouo contractu.

74 Tertia fuit opinio eorum dicentium, quod aut nouus cōtractus est celebratus immediatè post primum, tùnc nō videatur recessum à primo in totum, sed videatur inducta in ipso quædam modificatio, aut ex interuallo, tùnc videatur recessum à primo in totum, & rationem differentiæ assignant, quod non præsumitur quis velle corrigere quod immediatè fecerat, vt *in l. non adeo, ff. de condit. & demonstr.* verum isti loquntur cōtra formalem *text.* dispositionem saltim *d. l. si quam rem, vbi I. C. disponit*, alterationem de primo ad vltimum contractū fieri posse, re integra, non ex interuallo post executum contractum.

75 Quarta fuit opinio aliorum distinguentium è contrà: nàm ea, quæ incontinenti fiunt faciliùs corriguntur, quàm ea, quæ ex interuallo, *l. stychus, ff. de ma. sc.* sed hoc est etiam contrà *text. in d. l. pacta conuenta, vers. Paulus*, intelligendo illud, dùm dicit *rursum conueniti*, hoc est ex interuallo: nàm tota lex nostra loquitur quando ex interuallo per dictionem, *quod postea*, vt *in d.* §. *adeò autem.*

76 Quinta fuit opinio eorum approbantium opinionem *Mart.* cùm distinctione; quando scilicet pactum fiebat prætium, habere locum *Mant.* opinionem, sed quādo fiebat ad augendum, tùnc erat vera opinio tenentium fieri nouum contractū, ratio poterit ab eis esse excogitata, quod qui detrahit videtur cætera confirmare, vt *in l. tribunus*, §. *vlt. ff. de milit. testam.* in hoc habere locum iura in contrarium allegata *per Reg. de Ponte in cons.* 2, *n.* 80. *&* 81. *vol.* 1. secus quando aliquid additur, quia tùnc non poterat additum contineri sub priori forma, quæ erat limitata ad minùs, iuxtà notata *in l. cùm quæro in fin. C. de leg.* quę opinio reprobatur *ab eod. text. in d. l. pacta conuenta, vers. Paulus, & in d. l. si quā rem*, quæ expresśè disponunt in vtroq; casu æquiparantes augumentum, & diminutionem, quando dicunt de augendo, vel minuendo.

77 Sexta fuit opinio eorum tenentium hodie non fieri nouationem, nisi agatur expresśè, *l. fin. C. de nouat.* & quod leges illæ *pacta conuenta*, & *si quam rem* sint correctæ *per d. l. fin.* tanquam nouationē tacitam inducentes, sed hæc ratio nequaquam placet, quia hic non agitur per viam nouationis, non enim transfunditur primus contractus in secundum, sed est per viam pœnitentiæ, vt *in d. l. nihil tàm naturale. ff. de reg. iur.*

78 Septima fuit opinio *Baldi in d. l. iurisg.* §. *adeo autem* post suprapositas in versiculo *ego dico sub n.* 5. *col.* 3. dicentis differentiam esse vtrum incontinenti, vel ex interuallo, nàm quando incontinenti non producitur in esse nisi vnus contractus, scilicet posterior, sed quando ex interuallo producuntur in esse duo contractus, tamen secundus recedit à primo, effectum differenriæ assignat, sed non probat *Bald.* nàm si ex forma statuti debet solui gabella de quolibet actu, quando incontinenti soluetur de vno, quando ex interuallo soluetur de duobus, quia vterque contractus habuit principium sui esse. Item si esset opinio contrarium tenentium, quod sit nouus contractus, & cessat primus, requireretur nouus Regius assensus, in eo casu, in quo interuenire deberet, & fideiussores essent liberati, sed etiam hæc *Baldi* opinio denigra-

gratur ab eadem iurium dispositione, quæ decidit oppositum.

79 Tu enim dicas, quod aliud est per pactum remittere prætium, aliud reformare, & aliud de nouo reduci ad formam: In remissione prætij non alteratur contractus, sed quod aliàs fuit semper erit, & in hoc vendicat sibi locum, *text. d.l. sed si vir ex lana*, §. *vir uxori*, vt patet in *textu*. In reformatione nequaquã alteratur totus cõtractus, quia quod potest fieri

80 in toto, non prohibetur fieri in parte, & in hoc vendicat sibi locum *text. in d. §. adeo autem*, ibi, *nàm si potest tota res tolli, cur, & non reformari?* et qui reformat in parte, confirmat aliam partem non re-

81 formatam. In reductione de nouo ad formam dicitur fieri, quando fit pactum non tantum in prætio, sed etiam in re, et prætio, nempè quando repetitur totus contractus in re, et prætio, ista reiterario dicitur de nouo reducere totum contractum ad nouam formam, in pœnitendo præsumptiuè dicitur recessũ à prima forma, et in hoc vendicant sibi locum dictæ leges *pacta vers. Paulus*, et *si quam rem*.

82 Probatur *in d. l. pacta cõuenta vers. Paulus*, ibi, *si omnibus integris manẽtibus*, nẽpè re, & prætio, rursũ conuenerit, *& in d. l. si quã rem*, ibi, *si quàm rẽ à te emi, eandẽ rursum pluris minorisuè emero*, nota in vtraq; lege dictionem, *rursum* in prima, *rursum conuenerit*, in secunda, *eadem rursum*, cuius natura est, vt in totum renoueatur cõtractus, sicut per dictionem *iterum*, vel *denuo* facis, *vt rursùs plebs Auentinum reuocanda videatur*, *laudando auget*, *vituperando affligis*, secundum *Nizol.* in verbo *rursum*, et sic cũ pacta contrahentium sint apposita ad iteratum contractum, certè dicetur recessisse à primo, quia receditur à prima forma, & ab esse contractus, quod secus est, quando remittitur, vel reformatur prætium dumtaxàt, ex quo tùnc quia iam contractus venditionis est absolutus ex re, & prætio, nihil refert, si habita fide de prætio incontinenti, vel ex interuallo, remittatur prætium, vel reformetur illud, & in hoc habet locum *text. in d. l. pratij causa*, quia tùnc solutio prætij non est ampliùs de essentia contractus emptionis, sed de exequutione eiusdem, vt pleniùs dicemus infra *in c. 11. ad intellectũ, d. legis*, in quo videbimus, an sit idẽ cõtractus, an diuersus, vel duo, & an duplicata solui debeat fisco gabella, & ità intelligendus *Bald.* desuper relatus in explicatione *d. legis pacta conuenta*, quod scil. sit nouus contractus, prout etiã explicauit *Ant. Faber in suis coniect. & in tract. de laud. decade 1. err. 7.* licet non secundum literam eiusmodi *text*.

ARGVMENTVM.

Stipulatio an sortiatur naturam contractus, cui adijcitur, an potiùs contractus symbolizetur in stipulationem, ardua quæstio.

SVMMARIVM.

1 *Contractus omnes in quatuor reducuntur species.*

2 *Contractus innominatus vestitus stipulationis cohærentia an remaneat in sua essentia, vel transeat in alium contractum, & num. 36.*

3 *Contractus innominatus an symbolizatur cùm stipulatione, vel potiùs stipulatio cùm contractu, & n. 58. secundùm auth. opinionem, vtilitas huius inuestigationis quæ num. 4.*

5 *Veritas altercata magis elucescit.*

9 *Contractus innominati sunt minoris forma contractibus nominatis.*

7 *Contractus nominati producunt specialem actionem.*

8 *Ciuilis obligatio non oritur ex contractibus innominatis ante implementum.*

9 *Actio in contractibus nominatis oritur ante implementum, licet obstet exceptio.*

10 *Stipulatio cur non sortiatur naturam contractuum nominatorum.*

11 *Obligatio ad interesse non succedit in cõtractibus nominatis post moram, quod secùs est in contractibus innominatis, & num. 12.*

13 *Contractus innominati post implemētum dicuntur re vestiri.*

14 *Vestimentum rei interuentu sicuti non operatur quod precisè agatur, ita vestimentum verborum ex stipulatu, & num.23.& 24.*

15 *Stipulatio est diuidua, vel indiuidua secundum naturam contractus, super quo apponitur, & n.46.& 51.*

16 *Stipulatio apposita super facto non obligat pracisè, secùs super datione, & n.55.*

17 *Stipulatio est contractus firmior, & validior.*

18 *Stipulatio vbi accedit, cessat pœnitentia.*

19 *Stipulatione in alternatiua dicitur vtrūq; esse.*

20 *Obligatio pracisè fit in promissione dandi.*

21 *Verbum*, suscipere, *quid importat.*

22 *Actio de dolo quando datur.*

25 *Contractus nominatus non alteratur à nouo accidenti.*

26 *Transactio licèt contractus innominatus non admittit pœnitentiam, & quare, num.31.*

27 *Contractus innominatus vnitus cùm contractu nominato non admittit pœnitentiam, & quare n.32.& 54.*

28 *Promissio facta in contractu nominato resultat in contractum innominatum, tamen cessa pœnitentia.& n.33.et 34.*

29 *Nouatio fit ex stipulatione adiecta contractui innominato, et num.35.*

30 *Pactum de permutando differt à permutatione.*

37 *Actio funeraria tanquam priuilegiata suscepit in se naturam stipulationis, et num.53.*

38 *Stipulatio interposita super legatis sortitur naturam legatorum, et num.52.*

39 *Stipulatio dandi, licèt pracisa parit actionem ad interesse.*

40 *Consensus inter viuos interpositus super eo, quod recipit futuram successionem, assumit naturam vltima voluntatis.*

41 *Stipulatio facta per legatarium de seruo fugitiuo non est stipulatio.*

42 *Stipulatio interposita super contractu vēditionis sortitur naturam illius contractus.*

43 *Stipulatio non immutat naturam feudalem, cui adijcitur.*

44 *Stipulatio non immutat naturam vltima voluntatis, cui interponitur.*

45 *Contractus innominatus subrogatus loco contractus nominati respuit pænitentiā.*

47 *Stipulatio de iudicio sisti assumit naturam illius iudicij quoad temporalitatem.*

48 *Actio maioris fama est potentior actione minoris fama.*

49 *Stipulatio accedens contractui innominato aliud, quod magis est, adiungit.*

50 *Stipulatio qua requirat.*

56 *Stipulationis est firmare contractum.*

57 *Actiones, qua exoriuntur ex delicto, non sunt in potestate nostra, vt alterentur.*

59 *Stipulatio non facit precarium irreuocabile.*

60 *Marta voto 152. reprehenditur ab authore.*

61 *Decisio Rota Romana 489. sub num. 4. in nouis: declaratur ab authore.*

62 *Stipulatio non immutat naturā mandati.*

63 *D.Reg.Marcianus sen.disp.17.sub num.2. confutatur ab authore.*

CAPVT IV.

1 Contractus ferè omnes in quatuor diuiduntur species, quorum aliqui re, aut verbis, aut literis, aut consensu constant, *l.1.ff.de act. & oblig. §.fin.instit. de oblig.* re obligatio siuè contractus perficitur in mutuo, commodato, deposito, & pignore *instit.quib.mod.re contr.oblig.tot.tit.ff.de reb.cred.& si cert.petat.* nos de eorum symbolo fusiùs dicemus infra in titulo quarto. Consensu fiunt emptiones, locationes, societates, et mandata, vt *instit.de oblig. qua ex consensu*, et de eorū symbolo dicemus *in tit. subseq. & tit. 3.* Literis obligamur post biénium, postquā debere se scripserit, quòd numeratū non est *instit.de literar.oblig.* Verborū obligatio est, quæ nascitur ab interrogatione, et responsione, et dicitur stipulatio, *l.1.ff.de act.& obligat.instit.& ff.de verb.oblig.* & quæ sit stipulatio, et quomodo concipiatur, vide apud *D.Iulium Caponium olim Praeceptorem meum in tract.de stipulat.q.1.& success.seq.* vbi ingeniosè, et magistraliter, de more, pertractat difficilem illam materiam, et signātèr *quaest.14.* tractat de præsenti, quę fatis ad eum cùm apud nos agendum erit, quæ ad symbolicos contractus spectant duntaxat; & alio methodo, quàm alij vulgares inscribunt materias. 2 Qui-

2 Quibus præcognitis, subsequitur con-
tinuatiuè ad præcedentia videre, an cō-
tractus innominatus vestitus cohærentia
stipulationis remaneat idem, vel tran-
seat potiùs in aliam contractus speciem.
Hæc quæstio dependet ab ea, an scilicet
contractus innominatus symbolizetur
3 cùm stipulatione, an è contrà stipulatio
cū cōtractu innominato, hoc est, an stipu-
latio sortiatur naturā contractus cui ap-
ponitur, vel potiùs contractus sortiatur
naturam stipulationis. Vtilitas exorietur
4 ab hac inuestigatione, in qua vt plurimi
aberrauere, vt fatetur etiam *D. Caponius
in d.q.14.in princ.* & nos apertius errores
eorum hic notabimus: nam si contractus
innominatus sortitur naturam stipula-
tionis, certum est, quod transit in alium
contractum, & tùnc non erit amplius lo-
cus pœnitentiæ solitæ in contractu in-
nominato dari, nec agetur actione præ-
scriptis verbis, sed experiundum erit ex
stipulatu, ac si incontinenti nata esset
actio, vt voluit *gl.* quam approbat *Bart.
in l. petens in prima lectura, C. de pact.* &
latiùs *in l. dicta, ff. si cert. petat.* qui intelli-
gitur secūdùm *Aret. in rubr. de verb. oblig.*
quod quilibet contractus retrotrahitur,
l. 2. circa medium, ff. de rer. permut. & in cō-
tractibus, qui retrotrahuntur, si res præ-
cedit, & sequitur stipulatio incontinenti,
non agitur nisi ex stipulatione, *l. ità stipu-
latus in fine, ff. de nouat.* & per *Bar. in l. sin-
gularia, ff. si cert. petat.* & proindè non erit
ampliùs contractus innominatus, quan-
do vestitus cohærentia stipulationis ori-
tur actio ante implementum, *l. ex placito,
ff. de rer. permut.*

5 Et quia veritas altercata magis eluce-
scit *l. mixtu. §. munerum ff. de munerib. &
honorib.*, & viam ferro aperit, qui per
contraria scandit, vt dicebat *Bald. in l.
præcibus C. de impub. & alijs substit.* Ideo
arguam primò pro parte affirmatiua,
quod scilicet contractus sortiatur natu-
ram stipulationis, & postmodum subij-
ciam sententiam negatiuam, & resolu-
tis hinc inde argumentis, adijciemus
sententiam nostram pro resolutione eius-
modi terribilis quæstionis.

6 Primò probatur: nàm contractus in-
nominati sunt minoris famæ contracti-
bus nominatis, & sic contractu stipula-
tionis, quoniam innominati non produ-
cunt specialem actionem nominatam da-
tiuam, & deriuatiuam ex ipsis contracti-
bus innominatis, sed generalem datiuam
præscriptis verbis, vel de dolo, vt in *l.
iurisgentiū in princ. vers. puto Ideo & ff. de
pact.*

7 Contractus verò nominati producunt
specialem actionem, & ab hoc cogno-
scuntur nominati ab innominatis, vt in
d. l. iurisgentium, stipulatio ergo, quæ
est contractus nominatus non sortitur
naturam contractuum in nominatorum,
quibus apponitur, quia ex stipulatu ori-
tur actio specialis, & nominata datiua,
ex quo in stipulatione venit incertum *l.
cum mota C. de transact.* & sic quando ve-
nit certum, oritur certi condictio, vt *in-
stit. de verb. oblig. in princ.* ergo stipulatio
tanquàm maioris famæ, & potentiæ non
debet trahi à contractu minoris famæ,
& potentiæ, sed benè contractus ab ea.

8 Secundo probatur ex eo, quia in con-
tractibus innominatis, ante implementū,
non oritur ciuilis obligatio, nequè actio
vt in *l. 1. ff. de rer. permut. d. l. iurisgent. in
princ.*, sed naturalis dumtaxàt, secundum
aliquos, in contractibus verò nominatis
9 oritur actio ante tempus, siuè implemen-
tum; licèt obstet exceptio, vt in *l. Iulia-
nus §. offerri ff. de act. empt. Bart. in d. l. cum
mota in 2. col. C. de transact.* & in hoc sti-
pulatio non sortitur naturam contra-
10 ctuum nominatorum, quia statim etiam
antè implementum datur actio, vt in
d. l. ex placito C. de rer. permut. vt enim effi-
cacius agatur, obstat benè exceptio, si
agatur ante implementum, quæ deuiare
non facit stipulationem à sui natura, se-
cundum sunt cæteri contractus nomina-
ti, quoniam ex quo sumus in vltro, ci-
tròque, qui vult agere, vel excipere ex tali
stipulatione apposita super contractu no-
minato, debet priùs implere ex parte sua
*text. cum gl. in l. ediles. §. fin. ff. de edilic.
edict. l. cùm fructum ff. de pact. Bald. in d. l.
ex placito quæst.* 14. quod procedit etiam
si semiplenè fuerit impletum: refert *Bart.
dict. rubr. sub num.* 22. & voluit *Ias. eadem
rubr. sub num.* 16.

11 Tertio accedat pro hac opinione,
quia licet in obligationibus, in contracti-
bus nominatis post moram nō succedat
obli-

obligatio ad interesse imò nec ea perempta *l. vb. autem cum appareat in fine, & in*
12 *l.seruum* §.*fin.ff.eod.*in contractibus verò innominatis succedit obligatio ad interesse, vt per *Bart. in l. naturalis* §.1.*ff. de praescriptis uerb. & in l.stipulationes non diuiduntur in y oppositione ff. eod. & in l. unica quaest.4. C.de sent. quae pro eo, quod interest.*
13 Planè in hoc enim casu stipulatio sortitur naturam contractus innominati, cui adijcitur: quando enim sumus in contractibus innominatis post implemētum, dicuntur rei interuentu vestiri, & producunt actionem, sicut contractus nominati, quo casu symbolizantur, vt probat *text. in d. l.iurisgent.*atqui *textus in dicta l.naturalis* §.1. loquitur post implementum, & sic post quam contractus innominatus est vestitus, sicuti nominatus à sua forma non liberatur debitor, qui tenetur dare, praestando interesse, sic etiam videtur dicendum in innominatis post vestimentum, cuius contra-
14 rium ibi deciditur, ergo sicuti vestimētum interuentu rei, nō operatur ad praecisè agendum, ità vestimentum verborum ex stipulatu non debet hoc operari.
15 Confirmatur instantia ex eo, nàm sicut dicimus stipulationem esse diuiduā, vel indiuiduam secundum naturam rei, super quā apponitur, vt in *d.l.stipulationes non diuiduntur*, ità etiam in casu nostro obligatio non obligat, & praecisè obligat secundum materiam,super qua
16 apponitur, nempè quando apponitur super facto, non obligat praecisè, quando verò super datione, secùs, vt in *d. l. stipulationes uers.celsus*,iuncta *l.vbi autem non apparet in fine, ff. eod.*, ergo stipulatio apposita super materia contractus innominati, quae non obligat praecisè,etiā post quàm est vestitus, non debet obligare praecisè.
Caeterùm aduersùs hanc vltimam instantiam obstat ratio incontrarium: cùm ideo sustineri possit opinio suprapposita, quia in contractibus innominatis non obligatur quis ad dandum, ex quo sunt minoris famae, & debilioris naturae, vel quia est locus penitentiae, vtraque ratio
17 cessat. Prima quia stipulatio est firmior & validior contractus, quàm sit in iure *instit.eod. tit.in princ.* ergo ea accedente, facit euanescere contractum magis debilem,pro vt sol occupat sydera.
18 Secunda ratio cessat, quia vbi accedit stipulatio,cessat pænitētia *Bald.in l.quāuis, C.de trāsact.per tex.in l.labeo,scribit si mihi bibliothecā*, cū concord.de quib. apud *Ias.d.rubr.n.17.*vide *Cach. decis.98. n.12.*
Obstat secunda ratio, quia *in l. miles*, §.*demum,ff.de re iudic.* quando vnum est in obligatione,aliud in facultate soluendi, et non obligat si vtrumque stipulor
19 alternatiuè, vtrumque dicitur esse in obligatione alternatiuè; ergo respectu eius, quod non erat in obligatione, causatur noua obligatio. Secundùm naturam stipulationis alternatiuè, consequentèr si obligatio dandi,quae non obligat praecisè deducitur in stipulatione additur dictae obligationi noua obligatio, nouumque vinculum,secundum naturam stipulationis, quae est, vt ex ea praecisè cogatur,*l. vbi autem,ff.eod.*
20 Aduersatur contra tertia ratio: nàm regularitèr in obligatione dandi quis praecisè obligatur,*d.l.vbi autem in fine*, restringitur eiusmodi regula in contractibus innominatis, vt *in d.l. 1.ff. de rer. permut.*& *d.l.naturalis*,§.1.talis quidem limitatio,tanquam exorbitans à regula, non habet locum, quando super tali cōtractu adijciatur stipulatio, tùnc enim conuertitur limitatio ad regulam,ex maiori potentia stipulationis, quae praeualere debet in attrahendo ad se,quod minùs est ratione symboli, vt probauimus *in cap.1.*& habetur *in l. quaeritur, ff. de statu homin.*ad eo,quod hodie, ex quo in omnibus contractibus interponitur stipulatio, non inuenitur contractus innominatus *Soccin.iun.in d.rubr.num.333. Bart.in l.2.ad finem, C.de condit. ob causam Ias. in d.rubr. sub num. 16. Alex. cons. 11. vol.4. Paul. de Castro cons.9. vol.1. Mantica loco cit.sub n.31. vers. quinto locum habet.*
Non obstant in contrarium adducta pro vltima illa opinione;quoniam non sumus in obligationibus dandi, quia adfuit verbum *susciperet*,quod importat obligationem *tradendi*, non vero *dandi d.l.naturalis*,§.1.*ff.de praescript.verb.* ergo non in proposito, nec quod sibi debetur portio bonorum in genere, igitur debet do-

dominium transferri, *l.ex empto in princ. ff.de act. empt.* quod illud intelligitur ex principio contractus nominati, & sic loquitur *d.l.ex empto in princ.* secùs si debetur principio contractus innominati vestiti stipulatione,& in hoc est specialitas, *d. l. cùm mota*, quasi in hoc stipulatio sortiatur naturã actus innominati, vt teneatur tradere,quod patet:nam tenẽdo opinionem,quod contractus innominati suscipiunt nomen ab adimplemento,& sibi
22 veniret datio partis bonorum, esset *facio, vt des*, & sic daretur actio de dolo, *d.l.naturalis,§.1.& l.in actione,C.de transact.* & cùm ibi datur actio præscriptis verbis, dicitur, quod ibi est *facio, vt facias*, nec facit,quod ibi non datur de dolo, quia tantùm discessit à lite, & non fecit quicquid potuit; sicuti *in d. l. actione*, quod discessit,& liberauit per acceptilationem, quia ibi promissum fuit dumtaxàt à lite discedere, & dicitur ex eo solo perfectè impleuisse ex parte sua,ergo datur actio de dolo, nec est inuerisimile, quod non vellet à lite discedere,& quod discedendo ab vna, vellet ad aliam incidere,ratione communionis,& sic non adimplere quod promisit,iuxtà *l.cùm Pater, §. dulcissimus, ff.de legat.2.* sed verisimile est, quod aliqua bona specifica in traditione sunt in causa, vt tradantur, et consequentèr est ibi *facio, vt facias.*

Ad aliud dicitur, quod diuersum est in contractibus nominatis, vt obligatio dandi in principio obliget præcisè,vt *in l.ibi autem non apparet in fine,ff.eod.*quàm in contractibus innominatis vestitis rei internentu,tùnc enim datur ad interesse, *d.l.naturalis,§.1.*et alitèr in contractibus innominatis vestitis verbis, quia tùnc datur præcisè ad dandum, ratio est,quia
24 vestimentum rei interuentu non facit, quod transeat in naturam contractus nominati,verum innominatus adhuc remanet, ideo datur ad interesse, sed quod
24 vestitur stipulatione,tùnc transit in cõtractum nominatum, vt per *Bart.in d.l.2. C.de condit. ob caus.* atqui in contractibus nominatis datur actio præcisè, ergo stipulatio non sortitur naturam contractus
25 innominati, cui accedit; materia enim, quæ dat obligationem ad interesse in obligatione dandi,recipit nouam formã à stipulatione,qua adiecta,non potest dici quod sit sibi natura contractus innominati, sed est prima materia contractus nominati, et ideò datur actio præcisè, stante quod materialiter, et formaliter dicitur contractus nominatus.

Quarto principalitèr probatur, stipulationem non sortiri naturam contractus innominati, cui adijcitur,ex alia ratione, quia in contractibus nominatis non est locus pœnitentiæ,*l.sicuti.C.de act.obligat.* secùs in innominatis *l.pecuniam,ff.de condit. ob causam* in actu, quo adijcitur stipulatio non est locus pœnitentiæ *d. Lex*
26 *placito.* Sic dici potest in transactione, quæ est contractus innominatus, *l.siuè apud acta, C.de transact.* in qua nec etiam
27 locum habet pœnitentia, quanto fortiùs in stipulatione adiecta : Sic etiam, quando contractus innominatus est vnitus cùm contractu nominato, ità vt,habita relatione pacti ad contractum,resultet contractus innominatus,non est locus pœnitentiæ, atqui in casu nostro contractus innominatus vnitur cùm stipulatione,& datur actio ex stipulatu ad conuẽta in contractu innominato, ergo non habet locum pœnitentia, *Rol. à Valle in cons.8.sub num.*40.*vol.1.Ant. Gabr. comm. concl.lib.8. tit.de reg. iur. concl.2. num.*42. alias stipulatio deseruiret de vento. *Butr. in rubr.de verb.oblig.n.*34.*vbi Crot. n.*26.
28 Quinto probatur : nàm quando in cõtractu nominato fit promissio ad certam causam, vel conditionem, resultat contractus innominatus,*l.labeo, scribit si mihi bibliothecam, ff.de contrah.empt.* atqui in casu nostro stipulatio, quando adijcitur contractui innominato promittitur ad certam causam de conditione, ergo non debet esse locus pœnitentiæ.
29 Sexto probatur, quod quando stipulatio adijcitur super contractu innominato fit nouatio,*l.1.ff. de nouat. l. obligationum ferè.§.fin.ff.de act. & oblig.* & non dicitur ampliùs contractus innominatus ratione formæ,& potẽtię admissæ,*l.vnica in princ.ff.de verb.oblig.* & per cõsequens non est locus pœnitentiæ, *Bald.in l.2. ff. de condit.caus.dat.*

Verum enim verò non vrgent suprapositæ instantiæ,ad firmandam affirmatiuam propositionem, quinimmo non sit totum

totum oppositum, vt infrà patebit, &
30 proindè non obstat. Prima desumpta à lege *ex placito*, quia inibi non agitur de contractibus innominatis correspectiuis permutationis, sed in pacto de cōtrahendo in permutatione, quod differt ab ipsa permutatione, vt *in l. quod bonæ fidei, ff. de eo. quod certo loco*, & clariùs explicemus in subsequenti titulo, in pacto verò simplici non est locus pœnitentiæ *l. 1. ff. de pact.* prout etiam in pacto de vendendo, accedente stipulatione, *Ant. Fab. de error. pragm. decade 22. err. 4. vers. si quis non quemadmodum.*

31 Et non obstat si in transactione non fit locus pœnitentiæ ratione suæ specialitatis, quia ad derimendas lites hoc permittitur, etiam sine stipulatione. *cap. 1. de transact. Camill. Larath, cons. 28. num. 20.*

32 Et ad *l. fundi partem* respōdetur, quod ibi contractus innominatus efficitur pars contractus nominati, ideò ratione vnionis assumit naturam illius, qui maior est, *l. qui Patri. ff. de acq. possess.* & *Bart. in l. 4. §. Cato, ff. de verb. obligat.*

33 Et quod fuit adductum in stipulatione addita contractui, vel quasi, ideo est, quia partes sic consentierunt in contractu præcedenti, sed in dicto *§. cùm decem* stipulatio non fuit interposita super
34 contractu descendente ex partium voluntate, quia obligatio ex delicto, vel quasi non oritur ex partium voluntate, vt per *Bart. in l. ex hoc iure ff. de inst. & iure.*

35 Nec obstat quod tunc fiat nouatio, quia negatur casus: cum non præsumatur ab obligatione primeua recedi *l. nam ad ea ff. de condit. & demonstr:* & vlterius, quod tametsi nouatio censeretur facta, cùm qualitatibus, vt in *l. 1. §. sub conditione ff. ut leg. nom: caueat.*, & declarat *Bart. in l. alium ff. de donat. & in l. si quis cum aliter ff. de uerb. oblig.* nec videtur causa implendę stipulationis factus contractus, ex quo æque principalitèr perimitur vt in *l. eā causam ff. de donat.* procedit in numeratione pecuniæ, secundum *Bart. in l. singularia ff. si certum petat:* non verò quando fit contractus specificus *Bart. in l. ità ff. eod. Pyceardus in §. præterea instit. quib. mod. tollit. obligat. sub num. 31.* & nos suo loco dicemus hic in sequenti titulo.

Quibus resolutis in contrarium magis vrgent sequentia argumenta ad efficacius probandum, quod imò stipulatio sortiatur naturam contractus, cui adijcitur, non verò e contra.

36 Probatur Primo ex *text. in l. si stipulatus in prin. ff. de usur.* vbi per *gl. l. dāni infec. l. quidem ff. damni infect. & l. 5. §. conuentiones ff. de uerb. obligat.* vbi habetur indubitata regula, quod stipulatio reguletur secundum contractum, cui adijcitur, & sic probat *Alex. in d. rubr. de uerb. oblig. quæst. ult. circa finem.*

37 Secundo facit *text. in l. 2. §. parui ff. de pro cur. & d. l. Creditor* vbi stipulatio interposita super *act. funer.*, quæ est priuilegiata, assumit naturam illius actionis, & eius priuilegia: vnde si ibi stipulatio non immutat actionem, super qua interponitur quantum ad priuilegium, minùs immutabit quoad ea, quæ competunt de iure communi: cùm faciliùs tollatur ius singulare, & sic priuilegium, quàm ius commune *l. eius militis §. si militia missus ff. de test. milit.*

38 Tertio facit *text. in l. 1. §. bellissimè ff. vt legat. nomin. Caueat.* vbi stipulatio interposita super legatis, & fideicommissis, assumit naturam legatorum, vt fructus, & interesse veniunt tùnc in stipulatione à tempore moræ, sicut in legatis, & in vltimis voluntatibus *l. in minorum C. ex quib. causis in integr. restit. recess. non est*, & sic immutat naturam stipulationis, in qua cùm sit stricti iuris, non venirent fructus, nec accessoria, nisi à tempore litis Contestatę *l. cùm fundus in princ. ff. si cert. petat. & l. §. bonæ fidei ff. de vsuris.*

39 Quarto facit *text. in l. eū mota* in verbo *in id quod interest. C. de transact.* vbi in obligationibus dandi agitur ex stipulatione ad interesse, quod videtur mirabile, cùm stipulatio dandi sit præcisa *l. stipulationes non diuiduntur in vers. celsus ff. de vèrb. oblig.* vbi *Bart. num. 11. opposit:* ea præcipua est ratio, quæ non deuiat à facto, quia ibi stipulatio est interposita super contractu innominato. Vnde assumit naturam illius contractus innominati, quæ est vt obligatio dandi non si præcisa, imò agitur ad interesse *d. l. naturalis, & l. cùm precibus C. de rer. permut.* & sic indifferenter tenent *Doct:* in *d. l. stipulationis*

nes non diuiduntur. Si ratione minoris famæ in contractibus innominatis obligatio dandi non est præcisa, ex quo stabilitas est in pacto nudo, in hoc idem videtur in stipulatione, quando ea interponitur super contractu innominato, & tamen stipulatio non est debilis in modo ineundi: cùm habeat sollemnitatem formalem verborum, ergo assumit naturam actus etiàm, quando habet diuersam rationem ab illo actu.

40 Quinto facit *text. in l. fin. in verf. penult.* vbi *doct. notant C. de pact.* quod scilicet consensus inter viuos præstitus super eo, quod recipit futuram successionem, assumit naturam vltimæ voluntatis, vt possit sic quandocunque reuocari, ergo idem erit, accedente stipulatione.

41 Sexto facit *text. in l. si legati inibi gl. ff. de legat. 1.* vbi si legatarius stipulatur seruū legatum fugitiuum non esse, stipulatio ibi nil operatur, quia toleratur hoc, vt sit secundum naturam legati, super quo interponitur, & non plus.

Septimo facit, quod si in venditione interponitur stipulatio habebit locum remedium *l. 2. C. de rescind. vendit. & cap. cùm causa de empt. & vendit.* & non actio de dolo, licèt regularitèr dispositio dictæ legis non habeat locum in contractu stricti iuris *l. 3. C. commun. vtriusq; Iudic.*

42 Ideo hoc est, quia stipulatio interposita in contractu venditionis assumit naturā illius contractus, communiter Doctores *in l. si quis non altèr ff. eod.*

43 Octauo stipulatio interposita super materia feudali non immutat eius naturam, sed regulatur secundum cōtractum feudalem, super quo apponitur *Bald. in cap. 1. in fine. de Vassallo, qui contrà in vsibus feud.*, *Aretinus in l. sciendum in 4. col. ff. eod.*

44 Nono stipulatio interposita in vltima voluntate regulatur secundum naturam vltimæ voluntatis, *Bart. in l. fin. per illum text. ff. de solut. & in l. cùm quis decedens, §. Codicillis, ff. de legat. 3.*

45 Decimo facit *text. in l. 1.* & ibi *Bart. C. de rer. permut.* vbi quando contractus innominatus subrogatur in locum nominati, non habet locum pœnitentia, sic è contra, quando contractus nominatus subrogatur in locum contractus innominati datur locus pœnitentiæ, vt contrariorum eadem sit ratio, & disciplina, *l. sicut proponis, C. de nupt. l. si contrà, ff. de vulg. & pupill.*

46 Vndecimo stipulatio iudicatur diuidua, vel indiuidua ratione rei, super qua apponitur, *l. 2. §. harum,* & *l. stipulationes non diuiduntur in princ.* & ibi *Bar. ff. de verb. oblig.* Ergo dicendum, quod assumit naturam eius, super quo interponitur.

47 Duodecimo facit *text. in l. si eum, §. si iniuriarum, ff. si quis causa,* vbi stipulatio de iudicio sisti interposita super actionē iniuriarum intentata assumit naturam illius actionis, quantum ad temporalitatem, vt sit annalis, & non transeat ad hæredes.

Audi nùnc suprapositis accomodatā responsa, & respondetur ad

48 Primum, quod non obstat, quando cōcurrunt ad eundem finem actiones maioris, vel minoris famæ, præualet semper, & quæ est maioris famæ, vt *in d. l. ex placito, C. de rer. permut.* Item respondetur,
49 quod quando stipulatio accedit contractui innominato aliud, quod magis est, adiungit, nempè solemnitatem verborū,
50 ex quo in stipulatione tria concurrunt consensus, solemnitas verborum, & præsentia contrahentium, prout apparet *ex l. 1. in princ. ff. de verb. oblig. Gallin. de verb. sign. lib. 1. cap. 17. n. 3. Viu. decis. 298:* in cōtractu verò innominato præsentia, & cōsensus dumtaxat intercedunt, ergo dignū erit, vt in formam conuertatur magis firmi, & potentioris: cùm suaptè natura sit ad inducendam valitudinem in corpore humano, vt accedat, & naturæ facultas, & virium virtus, quàm vt sola natura operetur, in contractu innominato sola eius natura operatur, quando accedit rei interuentus, quæ est valdè debilior ad inducendam valitudinem actionis contractui stipulationis, in quo concurrunt consensus, & vires, quæ formantur ab illa solemnitate ad inducendam valitudinem actionis absque alio mendicato remedio, coadiuuante naturā, *Bald. de pact. sub num. 16.* vbi dicit, quod vbi interueniūt verba, re contrahi prohibetur.

51 Ad secundum respōdetur, quod actio funeraria non est minoris famæ stipula-

tionis, imo maioris, cùm absq; ea pariat actionem, & tacitæ hypothecæ, & anterioritatis, vt per *D. Capycinmlatro decis.* 47. ideò non est locus argumento.

52 Ad tertium respondetur, quod in legatis, et vltimis voluntatibus concurrit voluntas agentis, qui sic voluit, vt eadem accedente stipulatione sit eius voluntas ambulatoria vsque ad mortem: cùm hoc sui intereat ne remaneat destitutus, iterum in vltimis voluntatibus reddendi arbitrium, et sic satis fit quinto argumē-

53 to, *Bart. in l. cùm quis decedens, §. Codicilli, ff. de legat. 3. & in §. fin. ff. de p. tt.* et sic respondetur ad alia argumenta vsq; ad decimum, vel quando in contractu vltimæ voluntatis accesserit quid diuersum ab eo, vt puta aliqua confessio ad tradita per *Grat. discept. forens. cap. 585. sub n. 7.*

54 Decimum argumentum non obstat, quia diuersa est ratio in contractu nominato, quàm in innominato, vt *in d. l. 1.* nō datur subrogatio de vno ad alium contractum, sed ratione symboli, vt scilicet in prima dispositione consideratur symbola obligatio, contractus nominati, quę assumit eiusdem naturam, & in secunda dispositione consideratur symbolus distinctus in contractu innominato, qui etiam assumit naturam contractus innominati, & sic *in d. textu* subrogatio non fit de contractu ad contractum, sed benè ratione symboli eiusque contractus distincti, & separati ab alterutro, & proindè cùm simus in diuersis, non benè nec infertur, nec formari potest argumentum contrarium.

Ad vndecimum respondetur, quod ideò stipulationes regulantur secundum naturam diuidui, & indiuidui, quia in quolibet contractu hoc debet inspici, ne ex stipulatione recipiant aliquam altera-

55 tionem: In contractu verò innominato, quando accidit stipulatio nulla consideratur alteratio ex firmo, quod adiungit stipulatio, ex quo nō per hoc, quod Mercurium, siuè vt vulgus vocat argentum viuum de se fluuidum, & infixum, quando ab aliquo accidenti recipit fixum, immutat eius naturam, erit Mercurium,

56 sed fixum frangibile, sic contractus innominatus tanquam infixus ratione pœnitentiæ firmetur à stipulatione, cuius propria natura est fixare, & firmare contractum, cui adijcitur: cùm ideò dicatur stipulatio, hoc est contractus firmitatis à stipulo, quod apud veteres firmum appellatur, à stipite descendens, vt *instit. de verb. oblig. in princ. & gl. in l. 1. in princ. ff. eod.* sed non per hoc non erit frangibilis ex sui natura.

57 Ad vndecimum, & vltimum argumentum respondetur, quod quæ ex delicto nascuntur, vt alterentur, non sunt in facultate nostra, vt supra probauimus, ideò nil mirum si stipulatio interposita de iudicio sisti super actione iniuriarum non possit alterare suam naturam tanquàm à delicto dependens.

Quibus hinc indè adductis, & resolutis, adhùc quæstio est sub Iudice, & proinde eligas tù quid tibi velis.

58 Nos vero pro veritate dicimus, stipulationem sortiri naturam contractus, cui adijcitur, quia si secùs esset, quemadmodum hodie non darentur amplius contractus innominati ob stipulationem sequutam, ratione cōuersionis ad id, quod magis est, sic etiam nō darentur amplius contractus bonæ fidei; quando conuerterentur in stipulationem, quæ est stricti iuris, & proindè permutatio, cæterique contractus ciuiles, qui sunt bonæ fidei efficerentur per stipulationem stricti iuris, quod auditui non est absurdiùs, quicquid absq; alia ratione infructuosè voluit *Onnatta lib. 1. de contract.* dicens hodie contractus dependent à partium voluntate, quasi quod partes valeant immutare, quæ sunt de substantia, & natura contractus à iure ciuili introducta: cùm de iure naturali nullus contractus recipiat formam, & distinctionem de vno ab altero, vt diximus latè in *praced. cap.*, nec accidens, prout est stipulatio, immutare potest substantiam eius subiecti, cui adijcitur, nàm si partes substantialia contractus immutare expresè non possunt, quomodo tacitè per stipulationem? Et hanc nostram opinionem sequuti fuere *Alex. Roman. & Aret. in l. sciendum, ff. de verb. oblig. Ruin. cons. 131. n. 8. vol. 1. Caber. decis. 89. Mantica de tacit. & ambig. conuent. loco mox supra cit. sub n. 32. vers. secundo, quod loquitur*: nàm licet pactum de vendendo, & permutando non sit firmum,

mum, solidatur tamen, accedente stipulatione, non quod sit venditio, vel permutatio, sed pactum firmum de vendendō, & permutando, vt diximus in respōso ad *dictam l. ex placito*, *Menoch. de praesumpt. lib. 6. praesumpt. 10. sub num. 8.* aliàs si stipulatio accederet precario, faceret illud irreuocabile contrà naturam suam, quod non conceditur *Dec. in l. omnibus obligat. n. 5. ff. de reg. iur. Anchar. cons. 71. sub n. 3.* quicquid dicat contra communē *Bursat. in cons. 53. sub n. 4. vol. 1.* qui innixus authoritate *Ias.* desuper relati non solum non gaudet communi, quam allegat, sed prorsus loquitur contra apertissimas rationes à Iasone allegatas.

60 Et nec audiendus *Marta voto 152. sub num. 2.* qui negat locum poenitentiae in contractu innominato, accedente stipulatione, tanquàm aperto mendacio alloquutus: cùm *Socc. & Ias. in l. cùm mota* teneant oppositum vt vidisti.

61 Nec *Rota Romana decis. 489. sub n. 4. in nouis, quas dicunt*, bene allegat *Corneum* solum *cons. 276. in princ. lib. 2.* vltra quod loquitur in pacto, in quo non est eadem ratio, quae in contractu innominato, vt supra diximus. Adde *Corbulam de iure emph. tit. de causa priuat. ob alienationem irrequisito domino sub num. 4. Molin. de ritu nupt. lib. 3. cap. 10. sub n. 42. Mascard. de probat. concl. 1287. sub n. 11. Ripam de nocturno tempore quaest. 114. à n. 4. ad fin.* sequeretur aliud absurdum, quod voluit inuoluere *Ruin. in cons. 115. in fine*, quando

62 dixit, quod mandatum stipulatum est irreuocabile: nàm si hoc esset, mandans teneretur semper stare mandato, & amplius non posset suum procuratorem reuocare, & alios sexcentos constituere secundum *Bald. in l. pecuniam sub n. 9. ff. de praescript. verb.* quod extendit in deposito, & locato, & *in l. 4. §. si stipulatio, ff. de verb. oblig.* vbi dat veras instantias symbolae stipulationis ad contractum.

63 Vnde merito dubitandum de disputatione decimaseptima *D. Reg. Marciani senioris sub n. 2.* & ab ipso inibi allegatis, cùm nō disputet articulū ex professo, sed remissiuè, & aduersus eius dicta grauiter vrgent allegata per *Tiber. Decian. responso 96. sub n. 12. lib. 2.* vbi scripsit de consimili causa, de qua apud *Marcianum.*

A R G V M E N T V M.

An factum, & non factum sint symbola in contractibus.

S V M M A R I V M.

1 *Actus humani aut in faciendo, aut in non faciendo consistunt.*

2 *Factum in genere sumitur pro eo, quod iuri opponitur.*

3 *Non facere, facere dicitur ratione sui contrarij.*

4 *Fallens esse non potest qui non fallit.*

5 *Contractus omnes, aut perficiuntur in consentiendo, vel in non dissentiendo.*

6 *Contractus, qui exoriuntur ex facto, vel sunt nominati, vel innominati, vel neutri.*

7 *Contractus neutri sunt symboli, & cùm nominatis, & innominatis.*

8 *Contractus, qui nascuntur ex non facto sunt, qui genericè possunt adaptari ex omni contrario sensu.*

9 *Negans negando ponit, & affirmans affirmando negat.*

10 *Papa rescribens Carolo, non negamus fieri iustitiam an assentitus fuerit decapitationi Carradini, in quo desijt sanguis Sueuiae remissiuè.*

11 *Clausula pragnans quae.*

12 *Contractus in specie cognoscuntur à forma specificata.*

13 *Pater praesens creationi decurionali filij, & non contradicens, vt obligetur sufficit, quod non faciat.*

14 *Fideiussio stare non potest absque principali obligatione.*

15 *Fideiussor à Tutore nominato praesens, & tacens obligatur.*

16 *Locator horrei sciens aurum, argentum, margaritasq; in horreum inferri passus est, & nihil incontrarium fecit, ne illa inferrentur obligatur.*

17 *Mortuùs illatus propè alienum aedificium* extra

extra legitimum modum non potest prohiberi nè inferatur ratione patientia non contradicentis.

18 *Precario possidens ad tempus dicitur, finito tempore adhuc precario possidere.*

19 *Possessio licet non appareat tradita in instrumento, verùm si patiente venditore, illam consequutus es, tibi quæsita videtur.*

20 *Donatio facta à marito vxori de rebus communibus fratruum, licèt non valeat quoad partem mariti, valebit tamen quoad partem aliorum nihil facientium aduersus illam donationem ab illo fratre vxori factam.*

21 *Opus faciens, ex quo aqua pluuia noceat, non tenetur actione aquæ pluuiæ arcendæ, quando non contradicitur in faciēdo.*

22 *Dominus potens damnum ab animali inferente prohibere, & non prohibuit, tenetur ex noxali.*

23 *Consentire videtur non semper qui non facit.*

24 *Dominus domus non obligatur custodire res alterius ibi illatas.*

25 *Subscribens in albo an dicatur consentire.*

26 *Consensus ex facto oritur eo ipso, quod quis facit.*

27 *Subscribens, legēs, & audiens obligatur.*

28 *Symbolum cur detur inter contractum facti, & non facti.*

29 *Inuitus qui dicatur.*

30 *Furtum quando committi non dicatur.*

31 *Liberta Patrono nupta quando possit dimitti.*

32 *Inuitus qui dicatur in seruitutibus.*

33 *Procurator non dicitur mandato consensisse, etiam si in electione præsens tacuerit.*

34 *Executor testamenti non dicitur si tacens non contradicit.*

35 *Æqua multa sunt in genere, quæ in specie sunt iniqua.*

36 *Adequatio, quæ non habet locum in genere, transit in adequationem in specie.*

37 *Statua quomodo dicatur uno spiritu contineri.*

38 *Electio quando competat vxori, marito non eligente.*

39 *Quis quando teneatur non faciendo ex facto alterius.*

40 *Factum alterius non debet nocere ei, qui non fecit.*

41 *Quis non faciendo quando obligetur ex non facto alterius.*

42 *Præsentia, & quod non contradixerit probari debet in casu, quo tacens, & videns obligatur.*

43 *Vsus, vel non vsus an competat ad facultatem facti, & non facti.*

44 *Symbolum an sit* per te non fieri cùm rem ratam haberi.

CAP. V.

1 HVmani actus ab illo primo principio dependent, vel in faciendo, vel in non faciendo, quod fit aut in genere, aut in specie sumitur *gl. in l. in facto 59. ff. de condict. & demostr. in verbo in facto.*

2 In genere factū sumitur pro eo, quod iuri opponitur *l. 1. §. adipiscimur ff. de verbor. obligat.* in specie factum à datione distinguitur, & ei opponitur, sunt obligatio dandi, & faciendi *l. 3. §. ex suis, & in §. item si in facto, & in l. stipulationes non diuiduntur ff. de verb. obligat.* adeo, vt ta-
3 lis specificatio distinguatur à datione: sed non excludit factum negotium non sub se continere posse, hoc est, non facere, facere dicatur, ratione contrarij *l. si is qui ducenta §. utrum ff. de reb. dub. Alciat. in cōmento in l. 4. §. cato num. 29. ff. de uerb. obligat.* facit *text. in l. nam quem sine liberis 149. ff. de uerb. & rer. signit.* ibi, *nam quem sine liberis esse dicere non possumus, hunc, necessè est, dicamus liberos habere*, & *Diuus Augustinus lib. unico de relig. sub lit. K.* scriptum reliquit, fallens enim
4 non potest esse, qui non fallit, sic verò etiam non putetur esse, qui non est, non fallit, ergo fallentem dicimus esse, qui putatur esse, quod non est.

5 Ex hoc facti, & non facti genere exoriuntur omnes contractus, qui aut perficiuntur in consentiendo, vel in non dissentiendo, quorum aliqui sunt inter viuos, alij causa mortis, & cæteri neutri.

6 Contractus, qui exoriuntur ex facto sunt alij nominati, alij innominati, cæteri etiam neutri, de nominatis, & innominatis, genericè diximus suprà, & in specie dicemus infra. Neutri qui symbolizantur, & cùm nominatis, & cum innomi-

7 nominatis, de quibus habetur in *l. 1. C. de rer. permut.* & de quibus infra in subsequentibus capitulis.
8 Contractus, qui nascuntur ex non facto, sunt, qui genericè possunt adaptari ex omni contrario sensu, ex illa genera-
9 li regula, quod negans negando ponit, & affirmans affirmando negat: Vnde
10 Papa scribens Carolo, non negamus fieri Iustitiam, assentitus fuit decapitationi Coradini, in quo fuit extinctus sanguis Sueuiæ *Neuiz. in sua sylua nupt. uers. non est nubendum lib. 1. sub num. 26.* & affirmare quem esse viuum, negatur esse mortuum, & qui negat esse mortuum affirmat esse viuum, & negans quem esse pauperem, affirmat esse diuitem, & qui negat esse mente sanum, affirmat esse
11 mentecapum ex clausula pugnanti, quā dicimus in iure intra se habens contrarium non repugnans.

Specificè dignoscuntur contractus nō
12 facti, à quo exoriri possit contractus, ab eo specificatur à sua forma cùm contractu facti, ex quo contractus specificatur à præcedenti specifica forma, secundùm *Bald. in d. l. 1. in princ. ff. de iure emph.* exempla.
13 Nàm si Pater præsens creationi decurionali sui filij nō contradicit, vt obligetur, sufficit, quod non faciat, hoc est, quod non contradicat, licèt ipse non administret *l. quod. ff. de munie., & Imola in l. 1. C. de filis fam. lib. 10. Menoch. de arbitr. lib. 2. casu 302. num. 5. & casu 345. num. 9.* vbi habes quod tenetur tanquam fideiussor, ex quo sumpsit argumentum. *D. Pasch. de uir. patr. Pot. parte 1. cap. 8. sub num. 83. uers. si vera est conclusio*, filium fam. pro administratione publica valide
14 obligari, aliàs si non valide obligaretur, nec etiam Pater in aliquid teneretur tanquàm fideiussor, quia fideiussio stare non potest absque principali obligatione *l. sed & Iulianus in princ. & §. non solum ff. ad Thabel.*
15 Et fideiussor à Tutore nominatus si præsens fuerit, neque contradixerit, & nomen suum apud acta publica stipulari passus sit, adeo ex illo suo non facto tenetur, ac si iure legitimo stipulario interposita fuisset *l. eam ostendimus. §. fideiussores ff. de fideiuss. & nominat. & hared. tur.* & quomodo hoc intelligatur vide *Bart. Socc. in l. qui sub num. 3. ff. de uerb. obligat.* qui dicit quod requiritur consuetudo, vide *Mant. de tacit. lib. 14. tit. 6. num. 9. num. 2.*
16 Locator horrei, qui cùm sciret aurū, argētū, margaritasq; in horreū inferri passus est, & nihil contrariū fecit, nè illa inferantur, obligatur, ac si expressè consensi erit *l. cùm in plures §. locator ff. locati* sic in Nauta, Caupone, ac stabulario: nàm si ij passi fuere aliqua inferri in Nauim, Cauponam, vel stabulum, omnium earum rerum custodiam in se obligāt, & cōtrahunt, si expressè non contradicunt *l. 1. §. ult. ff. Naut. Caup. stab.*
17 Et si propè edificium alienum extra legitimum modum mortuus illatus fuerit, postea eum prohiberi non poterit ædificij dominus, quominùs alium mortuum eo inferat, vel Monumentum construat, quia ab initio dominus non contradicens hoc passus fuit *l. si proprius ff. de mortuo inferendo.*
18 Vlterius, si quis præcario rem ad tempus habens, finito tempore, etiàm si adhoc tempus præcario non rogauerit, possidere tamen præcario videtur, intelligitur dominus cum patiatur eum, qui præcario rogauit rursus præcario concedere *l. in rebus §. Item ff. de prac.*, sic de eo, qui ad certum tempus conducit *l. qui ad certum ff. locati.*
19 Item quàmuis in instrumento non sit comprehensum, quod tibi sit tradita possessio, quia tamen rei veritate illam consequutus es, sciente venditore, & non contradicente, eam consequutus fuisti *l. minus C. de acq. & ret. possess.*
20 Et denique donatio facta à marito vxori de rebus communibus fratruum, licet non valeat, quo ad partem mariti, valebit tamen, quoad partem aliorum nihil facientium aduersùs dictam donationem, ab illo fratre vxori factam text. est in *l. seruus communis ff. de donat. inter uir. & uxor.*
21 Ac etiam si sciente, & tacente vicino, opus faciam, ex quo aqua pluuia noceat, non teneor actione aquæ pluuiæ arcendæ *l. labeo ff. de aqua plu. arcend.*, vel si quis in commune vicinum consocium aliquid facere passus sit, non potest agere,

re, vt opus tollat, sed vt damnum resarciat dumtaxat, quia opus prohibere potuit, & non prohibuit, cùm poterat prohibere *l. Sabinus ff. Com. diuid.* & qui tacet consentit in alienatione rei pignoratæ, eo ipso amittit pignus. *l. si probauerit. C. rem pign.*

22 Pariter in noxalibus contractibus, in quibus requiritur domini factum: nàm si ipse dominus potuit prohibere, nè dãnum per seruum, vel animal inferatur, & non prohibuit, tenetur ac si ipse damnum fecisset *l. in omnibus, ff de noxal. act. & in l. si seruus ff. eod. & in l. scientiam ff. ad l. Aquil. & in l. 1 ff. si familia, furtum fecisse dicatur*, sic etiam in curatoribus, & tutoribus, quorum alter non contradicit in administratione alterius, vt *in l. si plures ff. de admin. & peric. tutela*, & *in l. filia ff. eod.*

23 Et quia non semper, qui non fecit cõsentire videtur, & qui tacet affirmare per *l. qui tacet ff. de reg. iur. & cap. qui tacet cum seq. de reg. iur. in 6. gl. in l. filius familias §. inuitus ff. de procurat. & communitèr Doct. in l. Inuitus C. de procurat.* Nàm licèt Nauta, Caupo, stabularius scientèr passi sint aliqua inferri in Nauim, Cauponam, stabulum, omnium earum rerum custodiam suscipere dicantur, vt supra probauimus, hoc ideo est, quia sic specialiter in iure scriptum cauetur, in alijs verò secùs est, cum non sit par ratio facti, & non facti, sicuti aliud est committere, aliud omittere *Gl. in l. si mora ff. sol. matr.*, nec valet argumentum ab eo, quod fit in committendo ad quod fit in omittendo, *Costa de remed. subsid. remed. 48. sub num. 3.*

24 Quemadmodùm si ego patiar, vt inferes res tuas in domum meam, non sum obligatus, vt eas custodire constringas *Bald. & Felin. in cap. non ne de præsumpt. Doct. in d. cap. qui tacet*, nisi recipiantur expresse causa custodiæ, vt post *Molin. de iust. & iure tract. 2. disput. 521.* confirmauit *Amat. Rodriquez tract. de priuileg. credit. art. 6. tit. de priuil. depos. sub num. 5. fol. 129. & in l. sicut §. non videtur ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.*, vbi non videtur creditor consensisse, si sciente eo, rem debitor vendiderit: cum ideo passus est vendere, quia sciebat vbique pignus sibi durare, ex quo temperatur text. in *l. procula ff. de probat.* vt elegantèr per *Ant. Fabr. de err. pragm. decade 1. err. 2. prope finem folio meo 12.*

25 Et subscribens in albo non assentitur, quibus postmodum inscribuntur in eo *l. si per errorem ff. de iurisd. omn. Iudic. Felin. in cap. quoniam contra num. 48. in fine vers. limita. 5. de probat. Ant. Gabr. Com. concl. tit. de præsumpt. concl. 3. num. 23. Mascard. de probat. concl. 134. num. 17. & 18.*, quod ampliat etiàm ad sigilli appositionem *Menoch. de arbitr. casu 117. num. 4. & 5.*

26 Ex facto verò exoritur consensus, eo ipso, quod quis aliquid agit in ordinem ad illum consensum, ex quo exoritur contractus, veluti si quis sigillo suo instrumentum, vel scripturam signet, eo ipso, quæ scripta in instrumento sunt cõfirmare videtur *l. fideiussor §. Pater ff. de pign.* vbi per scribentes *l. distrahi re C. de reb. alien non alien.*

27 Vel quando quis subscripserit, legerit, vel audierit ea, quæ subscribit *l. fideiussori §. Pater ff. de pign. & l. sicut §. si videtur ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit.* tùnc enim lex supponit actus, per quem consensus declaratur *l. de consensu ff. de act. & obligat. l. mutui ff. de legat. 3. & l. naturalis ff. de adopt.*

28 Ex istis nùnc positis contrarijs potest benè dari symbolizatio, essetque quando potuit prohibere, & non prohibuit ratione reuerentiæ facientis, quia si Patronus Liberto quid rapiat, tùnc enim non factum symbolizatur facto, hoc est non prohibuit, quia adhibuit reuerentiam, & sic non valuit, quod vtique si prohibere potuisset, prohibuisset, & consequentèr agere potest furti, *vt in d. l. si quis ff. de furtis*, ibi, *si potuit prohibere nec prohibuit nihilominus furti aget*, intelligitur de eo, quem in præsentia furis ad resistendum pudor impedit.

29 Tali modo in *l. filius familias §. inuitus ff. de procurat.* vbi inuitus procurator non solet dari, inuitum accipere debemus non cum dumtaxàt, qui contradicit, verùm etiam qui consentire non probatur, vndè contradicere, & non probato consensu sunt symbola.

30 Sic etiàm *in l. qui vas §. vetere ff. de furt.*

furt. vbi furem non esse, qui aliquid inuito domino susceperit animo non celandi, & sic factum in furto symbolizatur cùm non facto cælandi, quod est de essentia furti, vt non sit furtum.

31 Et libertã, quæ Patrono nupserit, posse eum dimittere, & aliam accipere, eò inuito, vt in *l. in eo iure §. deinde ff. de ritu nupt.* supplet inuitum accipere debemus, qui non consensit ad diuortium, quando diuortium permittebatur de iure ciuili, ergo si consenserit non erit inuitus, & cessaret dispositio text. ratione symboli de inuito ad non inuitum.

32 Rursùs *in l. inuitus ff. de seruit. vrbano. prædior.* cauetur, inuitum in seruitutibus accipere non eum solum, qui contradicit, sed & qui non consentit, subiungit, ideo, & infantem, & furiosum inuitos rectè dicimus, ex quo subsequitur, quod quamuis transeam per prædium tuum, vel stillicidium auertam in tectum tuum, vel altiùs extollam tectum, & tuis officiam luminibus, te sciente, & tacente, seruitus mihi non quæritur, quia non consentienti fit mihi inuito.

33 Accedat, quod si ego præsens, & tacẽs Procurator eligor, pro consentiente nunquã habeor, *l. inuitus, C. de procurat.* prout etiam si exequutor testamenti instituor,

34 aut si in lite, vel in causa arbitrer efficiar, vt *per Felin. in d. c. nonne de pręsũpt.*

35 hoc ideò est ratione symboli generis cùm specie, quia multa sunt æqua in genere, quæ in certis casibus sunt euidenter iniqua *Sign. conf. 39. n. 7.* & proinde rigor in specie vincit æquitatem in genere, iuxta quæ probat *Mantica de tacit. lib. 1. tit. 7. sub n. 27.* & sic, quæ non

36 possunt adæquari, & proportionari in genere, transeunt in adæquationem, & proportionem in specie, vt in *l. in rem actio 24. §. item quæcunq; vers. nàm si statua mea ff. de accept.* vbi si brachium alie-

37 næ statuæ addideris statuæ meæ, non posse dici brachium meum esse, quia tota statua vno spiritu cõtinetur ratione symboli, ex quo brachium magis adæquatur, & proportionatur in statua symbola, quàm cùm alia figura, cui non conuenirent brachia, vt si fuissẽt æqui, vel Cerui, vt patet *in d. §. item quæcumque*, ibi, *at in ijs corporibus, quæ in distantibus capitibus constat, singulas partes retinere suam propriam speciem, vt singuli homines, & singulæ oues.*

38 Cumque si res æstimata detur in dotem, & maritus reseruauerit sibi electionem, an restituat rem, vel prætium, non eligens, neutrum animum præsumitur habuisse, & consequentèr electio transit in vxorem, vt patet *in l. 1. §. exactio imibique per glos. ff. de iure dotium*, ratione symbolæ voluntatis de non facto ad factum, & è contrà *Crauetta conf. 91. num. 10. Bart. quæst. 10. incipit debitor in diem sub num. 12.*

39 Hinc est, quod aliquando quis tenetur non faciendo ex facto alterius, & alius ex non facto suo. Ex non facto alterius, licèt enim regula sit, quod factum

40 alterius non debet nocere ei, qui nihil fecit, *l. de pupillo, §. si plurium, ff. de nou. oper. nunc*: & pœna suos tantùm teneat authores, *l. sancimus, C. de pœn.* si verò agatur de pœna conuentionali adiecta facto indiuiduo, in solidum committitur, iuxtà *text. in l. 4. §. Cato, ff. de verb. obligat.* & tùnc factum vnius cohæredum promissoris nocet non facto cohæredum, vt notatur *in d. §. Cato, Mantica de tacit. & amb. conuent. lib. 14. tit. 37. sub num. 33. & seq.* & ratione indiuidui facti, quãdo vnus ab eo liberatur, censentur omnes liberati, vt contrariorum eadem sit disciplina, & ratio.

41 In secundo casu dari potest exemplũ in duellante mortuo in monomachia, vel in singulari certamine, qui licet decedat confessus, & communicatus, adhùc carere debet beneficio sepulturæ, prout resolutum fuit *in S. Congreg. Concilij de mẽse Octobris 1611.* vt patet apud *Steph. Grat. discept. forens. cap. 410. in fine*, hæc enim resolutio non fuit in odium pœnitentis promulgata, sed ad terrorem viuentium, vt ij magis terreantur ab eiusmodi illicitis pugnis, quod facit, vt ob hanc causam reprehendentur interdum viuentes, ex non facto eorum, & hanc pœnam incurrat quis ex non facto alterius, ex non facto suo post mortem, obueniẽte, prout in specie notat *Ioan. Andr. in cap. 1. post principium in verbo sepultura de torneamentis*, & sic duellans punitur ex non facto suo: cùm cui fuit cõcessum

cessum maius deberet concedi minùs, *Hostiens. in d.cap.1. §.quę pœna num.*310. *summa de torneam.* & ex non facto viuentium, quia ipsi nihil addixerũt ad factum punibile, licet negatiuè ad pœnas exemplares, vt à talibus se abstineant, videntes in Campis insepulta cadauera duellantium, *Grat.loc.cit.*

42 In casu, quo tacentes, & videntes, & non contradicentes obligentur, oportet probari præsentia, & quod non contradixerint *ad text. in l.1. §.hoc autem Senatus consulto, vers. eodem autem tecto, ff.ad scyll.* quod est notandum ad ornatum constit. *Regni quicumque mulierem sub tit.si qui mulieri vim patienti, & clamanti non succurrit*, qua irrogatur pœna quatuor augustalium contra non succurrentes mulieri vim patienti, & clamanti, vt scilicet probari per Fiscum debeat, fuisse in loco, vnde audire potuisset: non enim sufficit vicinitas solius habitationis, nisi præfata concurrant, & probentur vt notant *Afflict. & cęteri in dicta constit.*

43 Constat in facultate facti, et non facti vsus, et non vsus, diximus in facultate facti, et non facti, ad excludendum in ordine ad facultatem, factum, et non factũ, quibus nec competit vsus, nec non vsus tanquam diuersi, et improportionalitèr ad symbolizandum, cùm factum nõ symbolizetur cùm iure, nec ius cùm facto, tãquam non symbola, vt probatur *in l.si acceptilatum 19.ff.de accept.*

44 In eis, quæ consistunt in facultate potest proponi illud indefinitè, *per te non fieri*, vtrùm scilicet ly, *per te non fieri* possit esse symbolum cùm *rem ratam haberi, & amplius non ago*, *Socc. in d. §. Cato, col.2.vers.sed secundum*, asserit, quod Doctores idem intelligunt *per te non fieri*, quod *rẽ ratã haberi*: cùm vtraq; contineat factum negatiuum de non controueniendo, nempè de non faciendo, et nõ mouendo controuersiam, dubitat verò non esse idem Iurisconsultus, sed symbolum ex illa dictione, quæ subsequitur in textu, *sed magis idem*, quod in illa, idẽ, quod magis, idem in stipulatione, *rem ratam haberi*, quod plus firmat *rem ratã haberi*, cùm sit affirmatio, quàm *contra non venire:* cum sit negatio, & proindè secundum *Aretinum* dicuntur symbola potiùs, quam synonima, quod est valdè vtilè ad materiam, de qua agimus, et ad quod dicit *Romanus sing.87.* nè ob tuam grossitiem contrarium affirmes, prout iactatur *Bald.in l.1.num.2.in fine, C.comu. de leg.* contra Iudices Crassæ Mineruæ.

ARGVMENTVM.

Contractus ad factum an sit symbolus cùm contractu ad dandum, & an pœna adiecta in stipulatione nouet contractum: examinatur text.in l.fin.C.de nouat. & §.præterea instit.quibus mod. tollitur oblig.

SVMMARIVM.

1 *Contractus ad factum an sit symbolus cùm contractu ad dandum.*
2 *Contractus ad factum qualis sit.*
3 *Contractus ad factum, in quo differat ab obligatione dandi.*
4 *Non dare fit accipientis.*
5 *Aliquid fieri an semper intersit nostra.*
6 *In obligatione*, rem tradi, *semper intersit nostra.*
7 *Intersit magis tradi in vno, quàm in alio tempore.*
8 *In obligatione*, rem tradi, *differentia in vno tempore magis, quàm in alio.*
9 *Mala fidei ratio cessat in obligatione dandi.*
10 *Contractus ad factum, & ad dandum sunt symboli ratione iuramenti.*
Itẽ sunt symboli de iure canonico, n.11.
Item quando agitur actione præscriptis verbis, num.12.
Item quando obligatio dandi dirigitur in tertium num.13.
Item quatenus obligatus ad dandum ex æquitate naturali num.14.

Item

Item quando commissio est in obligatione dandi, & rem restituit num. 15.
Item in contractibus bonæ fidei num. 16. *vide num.* 17.
Item quando præstatio rei est impossibilis ex facto superioris num. 18.
Item quando ante moram periret res num. 19.
Item in facto ordinato hæredi per defunctum num. 20.
21 *Factum, & pœna quando sunt in obligatione.*
22 *Ad factum quando quis agere potest ex stipulatu, & num.* 23.
24 *Quæstio terribilis, an quis teneatur ad factum ex stipulatu.*
Examinatur sub n. 25. 26. 27. & 28.
Terminatur ab Authore sub n. 29. 30.
31 *Nouatio præsumpta an permittatur, & distinguuntur tempora num.* 32. 33. 34. & 35.
36 *Nouatio an hodie præsumatur, & n.* 37. 38. 39. 40. & 41.
42 *Nouatio an probetur coniecturis, & quibus num.* 43. 44. 45. 46.
47 *Nouatio non inducitur nisi ab expressa hominum voluntate, & num.* 50.
48 *Nouationis appellatione venit pœnalis.*
49 *Pœna secunda non nouat in pœnalibus.*
51 *Nouatio an arguatur, quando secunda obligatio continet quid diuersum à prima.*
52 *Fideiussores an liberentur per secundam obligationem.*
53 *Tempus prorogatum in obligatione, an nouet contractum.*
54 *Nouatio an fiat per iuramentum delatum à parte parti.*
55 *Clausula, animo nouãdi, quid importet.*
56 *Nouatio an pariat nouam pœnam.*
57 *Obligatus an possit compelli ad vtrumq; ad factum scilicet, & ad pœnam.*
58 *Iuramentum quando vim habet clausulæ (rato manente pacto.)*

C A P. VI.

1 Vperiori in præcedenti capitulo de contractu symbolico facti, & non facti, nempè qui ex facto, & non facto oritur, symbolicè diximus, succedit nùnc vt dispiciamus de contractu ad factum: an scilicet sit is symbolus cùm contractu ad dandum.

2 Et ne sub incerto vagemur, est operæ prætium ante omnia sciendum, contractum ad factum esse, quãdo quis se obligat ad aliquid faciendum, puta ad scribendum librum, vel domum ædificandam, in quo regularitèr obligatus præcisè non tenetur: liberatur verò præstando interesse, vt supra pluries probauimus, & voluerunt communitèr *Doct. in l. stipulationes non diuiduntur, ff. de verb. obligat. Tuniz. com. opt.* 39. *Bursat. cons.* 204. *vol.* 1.

3 Differt hic contractus ab obligatione dandi, quia in primo liberatur præstando interesse, in secundo tenetur præcisè obligatus, ratio est, quia non dare fit accipientis, 4 *l. vbi autem, §. fin. ff. de verb. obligat. §. sic itaque instit. de act.* semper enim interest nostra, nobis dari, & sic vt efficiamur Domini: vnde si fuisti in mora dandi, & postea das, adhùc vtilitatem sentio: sed aliquid fieri non semper interest nostra, vt fiat, & consequentèr si fuisti in mora faciendi, & postea vis facere potest esse, quod mea non interest tùnc fieri, sed benè interfuit tempore præterito, quo in mora fuisti, ideò agere possum ad mea, quod interfuit tempore præterito, quo in mora fuisti, *Bart. in l. vnica in* 39. *C. de sent. quæ pro eo, quod interest,* quicquid dicit *in d. l. stipulationes non diuiduntur*, reprobando hanc rationem *Paulus de Castro.*

5 [see above]

6 Nec obstat, quod in obligatione rem tradi; etiam semper interest nostra rem nobis tradi, & illud interesse non est variabile in tempore, ergo in idem nón deberet succedere obligatio ad interesse, magis quàm in obligatione dandi, quia respondetur, secundum *Ias. in d. l. stipulationes sub n.* 22. quod imò potest interesse 7 magis tradi in vno, quàm in alio tempore, quia in vno tempore fortè recepissem 8 cùm bona fide, alio vero in tẽpore cùm mala fide, & prout etiam dicit *Bart.* tenetur ad fructus perceptos, & percipiendos, 9 quia ratio malæ fidei cessat in obligatione dandi, vbi dominium transfertur *Gram. decis.* 103. *n.* 144. *D. Theodor. allegat.* 93. *sub n.* 8. *probatur in l. siquidem seruum fieri, C. de fideicom. libert.*

Qua posita differentia, deueniendum ad symbola inter eos, & primo symboli-

10 zantur, quando in contractu faciendi adesset appositum iuramentum, vt apud Doct.omnes *in d.l.stipulationes, Ant.Gabr. Comm. concl. lib.2. tit.de iure iur. concl.8. Couar.in cap.quamnis pactum, quaest.1. §.4. n.11. Card.Mantica de tacit.lib.14. tit.32. n.4.gl.in l.pecuniam in princ.ff.de condict. ob caus.D.Theod.d.alleg.93.sub n.9.Carl.de Iudic.siuè disput. iur. lib.1. tit.3. disput.3. sub num.3.vol.2.*

11 Secundo symbolizantur de iure canonico: nàm de æquitate obligatus ad factum tenetur præcisè facere, eo modo, prout supra nos probauimus, & voluit lõga Doct. remissione, *D.Carl.loco cit.sub n.* 8. vel quando agitur ad exequendũ manu regia, vt supra diximus *in cap. 1.* et voluit etiam *D.Theod. alleg.13. sub n.10.*

12 Tertio sunt symboli, quando agitur actione præscriptis verbis, nempè quando quis promisit dare, adimpleat, tùnc in contractibus innominatis obligatio dãdi nõ est præcisa, sed symbola cùm obligatione faciendi, prout patet *in textu in d. l.naturalis.* sed quando agitur condict. ob causam ad petendum id, quod est datum, tùnc in contractibus innominatis obligatio dandi est præcisa, *l.1.in fine, ff.de rer.permut.l.pæn.in vers.ages cùm tit. ff.de cõdict.ob causam*: nàm alias sequeretur absurdum, quod ille, qui pro parte sua impleuit contractum innominatum, soluendo interesse, haberet rem meam, inuito me.

13 Quarto symbolizantur, quando obligatio dandi dirigitur ad tertium: tùnc enim obligatio dandi tertio nõ est præcisa, sed succedit obligatio ad interesse, quia posset interesse stipulatoris, quod illi alteri non detur, *l.liber homo, 2.§.fin. ff.eod.tit. de verb.sign.* et secundum *Bart.* in eo, qui stipulatur dari ad tempus, et sic reuocabiliter, vbi possit agi ad interesse, et non ad dandum, *l.si pœnam, ff.eod.* sequitur *Ias.in d.l.stipulationes sub n.33.* licet in vltimo casu voluerit nõ esse obligationem dandi, sed faciendi, *Raphael Cuman. in l.vbi autem cùm apparet §. fin.ff.eod.tit.de verb.sign.*

14 Quinto symbolizantur, quando quis non propriè, sed ex quadam æquitate naturali tenetur ad dandum, quatenus est effectus locupletior, vt in condict.indeb., quia, si tùnc, re consumpta, reperiatur locupletior, solum in æstimatione teneretur ad interesse æstimationi, *l.in sũma, §.in frumento, & §.si seruum, ff.de condict.indeb.* et sic in condict.indeb. obligatio dandi non est præcisa, sed variabilis, quatenus accipiens reperiatur effectus locupletior, nil mirum si tùnc succedit obligatio ad interesse, *l. qui indeb. ff.de condict. indeb.*

15 Sexto symbolizantur in contractibus bonæ fidei, quando commixtio est in obligatione dandi, et rem restitui, et sic datio participiat cùm obligatione facti, vt *in l.si filius fam. & in l. illud, §.1. & in l.is, cui ff.de donat.caus.mort.* in donatario enim causa mortis, qui tenetur ad dandum, et ipsum dari est etiam restitui, vt explicat, et defendit *Ias.in d. l.stipulationes num.23. in fine*, faciunt adnotata per *Theod.d.allegat.93.sub num.8.*

16 Septimo symbolizantur in contractibus bonæ fidei, in quibus obligatio dãdi non est præcisa, sed post moram succedit obligatio ad interesse, secundum *glos. in §.actionum instit.Bald.in cap.1.§.1.si de inuestit.fuer.& in l. vnica, C. de sent. quæ pro eo, quod interest,* et *in cap.cùm venerabilis col.3.de except.*

17 Contrarium tenent *Imol. Ludou. & Alex.in d.l.stipulationes, & Angel. in l.fin. ff.si quis in ius vocat.* non ierit, *Imola in l. illud, §.1.ff.de donat.caus.mort. Ludou.in l. certi condictio in princ.ff.si cert.petat.Ioan. Fab.& Ioan.de Plat.in §.actionum*, eo, quia illa *gl.* iure non probatur, cui non est credendum, quando bonam legem non allegat, secundum *Bald. in l.respubl. C.quib. ex caus.* nec obstat *l.1. in princ. ff. de act. empt.* quia non loquitur in obligatione dandi, vt affirmat *Ias.loc.cit.*

18 Octauo symbolizantur, quando præstatio rei esset impossibilis ex facto superioris propter publicam vtilitatem, tùnc enim agitur ad interesse non vero ad rem dandam *arg.l.si seruũ, §.fin. vbi Aret. ff.eod.tit.de verb.obligat.*

19 Nono symbolizantur, quando ante moram periret res, vel esset reductum factum ad impossibile præstandum, quia tùnc ad nihilum teneretur obligatus. *l.quod te mihi*, & ibi *Bart.num.14. Ripa num.40. Socc.n.28. ff.si cert.pet.* quia non

solum

solum impossibilitas, sed etiam difficultas in facto superueniens excusat à mora, *l. datio* 3. *§. si per venditionem, vers. mora, ff. de act. empt. l. diuortio in princ. vers. quod si interea, ff. de negot. gest. l. si vehenda, §. idem iuris, ff. ad l. Rhod. de Iact. l. Thais, §. huius Titius, ff. de fideicomm. l. non omne, ff. de stat. lib. cap. quia diuersitate de concess. preb.* quod secùs esset si impedimentum eueniret post moram, *l. qui restituere* 68. *§. si vero nō potest, ff. de rei uend. l. in re furtiua in princ. ff. de condit. furt. vbi Bart. & in d. l. stipulat. sub n.* 40. *&* 44. *Alex. n.* 31.

20 Decimo symbolizantur in facto ordinato hæredi à defuncto, tùnc enim præcisè tenetur hæres ad implendum factū à defuncto sibi iniunctum: nec liberaretur præstando interesse, probat *text. in l. si ità stipulat. abs te, ff. eod. tit. de verb. oblig.*

Et an si mihi promisisti quod dares ei, cui dare non intererat mea, & incipiat actio competere, si incipiat interesse. Respōdetur, quod tametsi respectu illius, in cuius persona est destinata datio, sit in facto ea dari, respectu verò stipulantis est fieri, *l. debitor C. de pact. l. liber hom. ff. de verb. obligat.* sed in facto crescit exactio, secundum quod crescit interesse, ergo incipit exactio, incipiente interesse. *l. proponitur, ff. de neg. gest.* & an obligatus ad faciendum teneatur præcisè, vide apud nos *in tract. de assist. quæst. 3. sub* 18.

21 Quid si in obligatione faciendi adijciatur stipulatio pœnalis, vt puta si se obligat ad faciendum aliquid, fortè librum scribendum, vel domum ædificandam, & casu quo non faciat promissum, se obligat ad soluendum stipulatam pœnam certam, aut ad dandum interesse certum, & liquidum, aut incertum sine vlla liquidatione, quo casu tàm factum, quàm pœna sunt in obligatione post moram secundum *Menoch. de arbitr. lib. 2. casu* 498. *num.* 19. an possit obligatus compelli post moram ad faciendum, & præstandum, siuè pœnam soluendam, hic passus dicit *Bar. in l. ità stipulat. sub n.* 28. *vers. venio ad contraria*, quod est valdè difficilis, & terribilis, ex variatione *gloss. & Doct.*

22 Nàm *gl. in l. si quis à socio ff. pro socio* distinguit intèr obligationem pænalem, quę nouat quantitatem pręcedentis obligationis, & nouat contractum, & tùnc agi potest ex stipulatu ad pænam, in eo vero, quod quantitas primæ obligationis excedit non fit nouatio, & tùnc agi potest primeua actione ad factum implendum, vel dandum, vel pro socio, & sic de singulis, prout contractus natura sibi parit actionem: *hæc gl. improbatur à Bartulo in d. vers. uenio sub num. 26. per text. in l. duo societatem ff. eod. tit. pro socio, & in l. prædia ff. de act. empt.* quæ firmare videntur, quod ad totum agi potest primeua actione.

23 Nec sibi placet alia *gl.* solutio, quod aut secunda stipulatio continet plusquā prima, & fit nouatio, vt in *l. stipulationum ferè §. fin. de uerb. oblig.* vel continet minus, & non fit nouatio, quàm *gl.* sequutus fuit ex Neothericis *Menoch.* in *cons.* 34. *num.* 24. in fine: nàm si quæratur de stipulatione pænali, vtrum nouet primam, non est inspiciendum an contineat plùs, vel minùs, si in pænali stipulatione deuenerit, per text. *in l. 1. §. item si ità ff. ad l. falcid. & in l. 1. ff. de pænis leg. & in l. si panum ff. quando dies leg. ced.* vbi quod si testator legat pænum, & si hæres pænum non dederit, legat centum nomine pænæ, sola centum sunt in obligatione, & ea solùm peti possunt: Vndè incontrarium est, quod non fiat nouatio per stipulationem pænalem, sed ex vtraque posset agi, prout elegerit stipulator per text. *in l. rescriptum §. si pacto ff. de pact. cùm concord. per Ias. in d. l. ità stipulatus sub num.* 19. & non obstat text. in *l. 1. §. fin. ff. de stipul. seru.* quia loquitur text. ille, quando obligatio principalis, & pænalis non conferunt in eadem persona, sed loquitur, quando principalis confertur in persona vnius, & pænalis in persona alterius tùnc non fit nouatio ipso iure, sed ope exceptionis dumtaxàt, & ad *Menoch. d. cons. 341. respondet Mantica de tacit. lib. 17. tit. 3. sub num.* 17. dicens, quod maior summa non inducit nouationem.

24 Vndè in hoc terribili articulo, magis cumulati Doct. secundum *Ias.* acquiescūt distinctioni positæ per *Bart.*, quod aut scilicet agitur de obligatione ex causa lucratiua, & tùnc stipulatio pænalis, quæ similitèr dicitur lucratiua ex causa deriuari, benè noueat præcedentem,

Digitized by Google

quia duæ causæ lucratiuæ non sic de facili concurrunt sub eadem causa, pro vt stare possent, si concurreret causa onerosa, vt in *l. omnes debitores ff. eod.* & hoc dicit *Bart.* sibi reuelatum fuisse ab illo congruo modo, quo solui non poterit hæc difficultas, & cùm non dicatur, ex qua causa, in dubio in stipulatione intelligitur ex causa lucratiua, vt in *l. Campanus ff. de oper. libert. & notat gl. in l. 2. §. circa ff. de oper. libert. & notat gl. in l. 2. §. circa ff. de doli except.*

25 Si verò obligatio deriuatur ex causa onerosa, tunc stipulatio pœnalis non nouat, sed potest ex qualibet agi, & vna exacta, potest agi ex reliqua, in eo quod plus est *d. l. prædia. d. l. si quis à socio*, & *d. l. duo societatem*, rationē adducit *Bart.*, quia, quando causæ onerosæ adijcitur pœna, videtur apposita, vt magis stringat, & metu pœnæ citiùs soluatur debitum principale *l. 4. §. sed & si pignora ff. de re iudic.* & ideo non inducitur nouatio, cùm non sit par ratio lucri, & oneris, siuè damni *l. fin. §. licentia C. de iur. delib. & in l. fin. ad finem ff. eod.*

26 Et licet hæc canonizata Bartoli opinio impugnetur ab Aretino *in d. l. ità stipulatus*, per text. in *l. quæmus C. de usur.* vbi si fui primo stipulatus minores vsuras, & si intrà certum tempus, mihi eas non dederis, in locum pœne stipulatus, tunc maiores vsuras, si tùnc in termino non soluisti minores vsuras, & sic fuit commissa secunda stipulatio, nihilominus, adhuc agere valeo ex prima stipulatione, & proindè non est facta nouatio: tamèn ambæ sunt ex causa lucratiua, & dicit *Paulus*, quod Doctores non ponderauerunt legem illam in hoc: cæterum facile est responsum, secundum *Alex. in d. l. ità stipulatus*, quod scilicet illa lex loquitur in stipulatione vsurarum, quæ non dicitur facta ex causa lucratiua: ex quo vsuræ videntur subrogatæ loco peculiaris interesse *l. cùm quidem §. si pupillo ff. de usur.*

Et Petrus de Bexu insignis Doctor Mediolanensis in *d. l. ità stipulatus* dicit,

27 quod Bartolus, inspectis apicibus iuris, debebat tenere totum oppositum, quod scilicèt non fiat nouatio, quando procedit ex causa lucratiua, sed potius fieri deberet, quando procederet ex causa onerosa, eo quia exercenti actum liberalem leges magis fauent, quàm alteri *l. sunt qui in id. & l. seq. ff. de re iudic. & l. ad res donatas ff. de edilit. edict.* vndè si præcedat conuentio, ex causa donationis potiùs debemus dicere, quod non fiat; quàm, quod fiat nouatio: adhoc vt donator habeat magis relexatas habenas, vel soluendi id, quod est in obligatione principali, vel soluendi pœnam si sibi videbitur, sed Bexu non soluit leges allegatas *per Bart.*

28 *Bald. in l. rescriptum. §. si pacto in prin. quæst. ff. eod. similiter hanc Bartoli* distinctionem confutat signantèr, quia dicetur diuinatoria ad *l. obligationum ferè §. fin. ubi text.* non distinguit causam lucratiuam ab onerosa, & consequentèr adhùc quæstio sub Iudice est.

29 Nos, qui symbola sequimur, dicemus, quod aut loquimur de pœnis appositis in vltimis voluntatibus, & tùnc indistinctè inducitur nouatio *ad text. in d. l. si pœnæ. l. 1. §. item si ità ff. ad leg. falcid.* & in hoc benè procedit distinctio Bartoli, quia cùm causa principalis est causa lucratiua, & similitèr causa pœnalis est causa lucratiua, & sic non ità facilitèr stare simul possunt *l. Meuius §. dub. ubi gl. & Bart. ff. de legat. 2.*, & tùnc inducitur nouatio, ne vltimæ voluntates stent in suspenso, et in eis sit facillius transfusio, et executio. *l. apud Aufidium ff. de opt. legat.*, vt hæres metu pœnæ citius adimpleat Testatoris voluntatem, et in hoc absque difficultate pertransit doctrina *Bart.* in primo membro, vt voluit *Dec. cons. 12. Marian. Socc. in d. l. ità stipulatus sub num. 141.*, et quomodo hoc intelligatur vide *Gugl. de Bened. in repet. cap. Rayn. parte 2. si absquè liberis moreretur tit. de Compend. subst. sub num. 22. & seq.*

30 Aut vero agimus in pœnis in contractibus inter viuos, et tunc ratione symboli, si prima obligatio sit contracta verbis, et similitèr secunda pœnalis nouat primam per transitum de potentia ad actum, iuxtà eiusdem adæquationem, et proportionem, prout propriè loquitur *text. in d. l. obligationum ferè §. pen. in fine*, et *d. l. ità stipulatus in uerf. fin.* hanc symbolam opinionem tenuit *Bald. cum Imola*

Imola in d.l.ità stipulatus,& sequutus fuit, *Ias.* ibidem sub *num. 19. in fine*, qui licet symbolum cognouerit per viam similitudinis,tamèn adequatur eius opinio secundum nostrum symbolum,ex quo subdit, quod in stipulatione contracta consentit, vel alitèr, & in stipulatione erat tantùm, quantum in prima, & tùnc proculdubio stipulatio pænalis nouat,& habet locum *d.l.si quis à socio*, aut erat minùs, & non fiet nouatio, & tùnc habet locum *d.l.prædia*, ad quod comprobandum habet locum etiam *d. l. duo societatem*, vbi habetur hæc differentia, an Contractus Principalis societatis,ac etiã pænæ fuerint ambo deductæ in stipulationem non habent symbolum: secus si sola pæna fuerit deducta in stipulatione, & non contractus principalis societatis, & tùnc ex vtroque potest agi, & non fit nouatio, & per has rationes potest substineri DecisioDolani *apud Gruell.59.sub num. 5.* & non per iura ab ipso allegata.

31 Planè concedamus sic potuisse disputari priscis temporibus, quid dicendum hoc in nostro tempore, in quo nullatenus permittitur nouatio præsumpta, nisi quatenùs expresè fiat in contractu, vt *in l.fin. C. de nouat. §.præterea instit. quib. mod. tollit. obligat.*

Et vt ignoscamus nouationis tempora, est sciendum, quod in iure tria reperiantur tempora, quibus nouatio fieri poterat.

32 Primum tempus fuit ante ius pandectarum antiquum appellatum? hoc sanè tempore per secundam obligationem,siuè vt illa iura appellant *cautionem*,prima illa, siuè illa secunda obligatio plus siuè minùs prima continerct inducebatur nouatio,pront clarè colligitur *in d. l. fin. & §.præterea, & per Alex. in cons.13. n.4. lib.2 Soccin.sen.in l.qui vsumfructum n.5. de verb.obligat.Menoch.de præsumpt.lib.3. præsumpt.134.sub num.2. Mantica loco cit. sub num.3.*

33 Secundum tempus fuit iure pandectarum,seu fff. quo variè constitutum fuit, secundum varios casus, quos explicat *Bart.in l.pæn.num. 3. ff. de præstat.stipulat.* cùm cæteris recensitis per *Menoch. loco cit.à num.3. ad 33.*

34 Tertium est tempus nouæ constitutionis editæ à Iustiniano *in d.l.fin.* qui, abrogato iure antiquo,statuit nouationẽ expressim fieri debere, prout distinguit *gl.in d.§.præterea,& Bart.in d.l.Valerianus num.2.& infrà de pet.stipulat.Menoch.de præsumpt.num.7. Imola num.2.ff.de verb. obligat.*

35 Quæ noua constitutio loquitur secundum quæ adduntur, vel detrahuntur, aut mutantur per modum accessionis,de ijs autem,quæ aliter mutantur,seu in posteriorem obligationem deducuntur,aliter, quàm per modum accessionis, an tacita nouatio inducatur, constitutio illa non loquitur, nequè aliud disponit, vt aduertit *Bald.*

36 Insuper, quod licèt hodie non præsumatur nouatio,sed debeat probari, vt *in d. l. vlt.* tamen modus probandi duplex esse poterit: Vnus quidem ex verbis cõtrahentium expressis, alius ex probabilibus coniecturis, secundum *Manticam loco cit.sub num.5.* ex quo videtur dicendum, quòd adhùc quæstio viget, quia in omnibus casibus, quibus olim fiebat nouatio ipso iure, hodie etiam fieri ope acceptionis,secundum Accursium *in l.2. verbo agatur, ff. de nouat.* quem sequitur *Bart.*ibi,& *in l.pæn.in fine, ff.si cert. petat. & in l.solutionem num.8.ff.de solut.*& magis cõmuniter dicit *Aret. in §.ex conuentione num.3.& cons.10. num.2.vol. 2. Soccin.cõs.21.n.2.vol.1. Dec.cons.400.in fine,* vbi dicit, quod cum ista opinione communitèr transierunt Doct.ideo in consulendo,& iudicando,non esse ab ea recedendum, & *Alex. in d.l.4. §. si ex conuentione,ff.de re iudic.*dicit,quod ista est magis communis opinio,& durum esset obtinere contrarium in practica *Mathes.Lanus in opusculo de elect.ver.opin.*

37 Secundo, quia quando manifestis argumentis appareat, contrahentes nouare voluisse,maximè, quando prior, & secunda conuentio,tàm malè conueniunt, vt stare simul non valeant, secundum *Accurs.in l.pæn.ff.de præt.stipulat. Fab.in d.§.prat.Dec.cons.544.num.5.*quam communem affirmat *Albert. Brun. de augmento,& diminutione concl.3.n.29. & 38.*

38 Tertio in terminis nostris non dicitur nouatio,sed quasi nouatio, vt *in d.l. obligationum ferè, §.fin.*patet, quia vsque ad litem

litem contestatam potest offerēdo, quod venit in principali obligatione, liberari à pœna, *l. 1 ff. de pœnis leg.* quod non est in vera nouatione, vt declarat *Bald. in prima opposit. vlt. puncto ad finem*, ergo per iura noua nihil est hodie innouatum circa hoc, quod confirmatur, quia cùm dicta Iustiniani constitutio sit correctoria, non debet ad nostrum improprium casū extendi, vbi non sit propria nouatio, quia lex corrigens, non debet extendi de casu ad casum, *l. præcipimus, §. fin C. de appellat. doct. in auth. quas actiones, C. de Sacr. Eccl.*

39 Cæterum suprapositis non obstantibus, in contrarium est veritas: nàm licèt suprapositæ opiniones habeantur pro communibus, in puncto iuris tamen dicendum est oppositum; ex quo dicta Iustiniani constitutio fuit adinuenta ad tollendas difficultates, & ambages, quæ erant de iure veteri circa materiam nouationis, de quo iure nulla erat maior dubitatio, quàm ista, an obligatio pœnalis nouet præcedentem, vt supra diximus, quod patet in ratione prooemiali dictæ constitutionis: nàm prooemium denotat causam finalem, vt est *text. in l. fin.* vbi *Bald. Bart. & alij, ff. de hered. instit. Abb. in c. & multa de voto*, atqui ex prooemio illius constitutionis apparet, quod ea fuit promulgata ad tollendam iuriū contrarietatem antiquorum, quæ contrarietas propriè est in hoc, an stipulatio pœnalis nouet præcedentem, & cùm ratio sit expressa *in l. corrigense*, sit extensio, ex indemnitate illius rationis, *l. his solis in vers. satis etiam*, tacitè cautum vbi *Bald. ad hoc not. C. de renoc. donat.* & hanc opinionem tutatur *Iaf. in d. l. stà stipulatus col. vlt.* & proindè nil obstant contraria.

40 Primum non obstat, quia si ope exceptionis fieret vocatio, constitutio Iustiniani deseruiret de vento, quando verbis, & non rebus imposita esset: cùm satis in textu appareat totum contrariū, ibi, *nihil penitùs prioris cautela innouari*: Vndè si expresè actum non sit, vt nouatio fiat secunda conuentio accidit, ad incrementum prioris obligationis, ergo ex illa non potest deduci voluntas sufficiens ad inducendam nouationem etiam ope exceptionis.

Nàm si adhùc coniecturis, & præsumptionibus sisteremus, nihil Iustinianum nouasse fatendum est veniet, nihilque iura noua à veteribus discrepare: cùm sanè Iustinianus apertè voluit, iura vetera, & corrigere, et nouare ibi, *nouationū nocentia corrigentes volumina* expressitq; vlteriùs nouationem nunquam fieri, nisi nominatim dictum sit contrahentes nouare voluisse, vt patet, ibi, *sancimus si quis, vel aliam personam adhibuerit, vel mutauerit, nihil penitùs prioris cautela innouari, sed anteriora stare, & posteriora incrementum illius accedere, nisi ipsi specialitèr remiserint quidem priorem obligationem, & hoc expresserint*, et *in d. §. præterea*, ibi, *sed quoniam hoc idem inter veteres constabat, tùm fieri nouationem, cùm nouandi animo in secundam obligationem itum fuerit*, per hoc autem dubium erat, quando nouandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsumptiones alij in alius casibus introducebant, ideo nostra præcessit constitutio, quæ apertissimè definiuit, tùnc solam nouationem prioris obligationis fieri, quoties hoc actum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter nouationem prioris obligationis conuenerint, hoc est altera diuisio indefinitè, per quam omnis sublata fuit ambigua, et coniecturata nouatio *arg. l. ille, aut ille*, et *l. non aliter, ff. de allegat. 3.* et hæc probat per alia quinque argumēta distincta, *Mantica de tacit. d. lib. 17. tit. 3. n. 9. & 11.* hanc eadem opinionem strenuè defendit *Parlad. rer. quotid. cap. fin. par. 1. §. 12. sub n. 46. & 48. Piccard. in d. §. preterea sub n. 39. Cabr. concl. 170. num. 2. lib. 2.*

Et quòd dicunt *glosam in l. 2. ff. de nouat. quàm in d. l. fin. C. de nouat.* intelligitur

41 in casibus ab eis expressis, quando scilicèt ex vehementibus coniecturis apparet contrahentes voluisse nouare priorē conuentionem, *Cyn. in d. l. vlt. n. 2.* ibi, *nisi ex vehementibus coniecturis*, et *Alberic. n. 2. & Bald. n. 2. C. de nouat. Dec. d. cōs. 400. num. 2. Dec. respons. 11. num. 67. lib. 1. Riminald. iun. cons. 201 num. 6. D. de Franch. decis. 13. in fine, Rota Rom. decis. 562. in princ. in nouis.*

42 Prima probabilis, et fortis erit, coniectura ad probandam nouationem, quando

do debitor delegat alium, etiam non debitorem suum, et creditor ipse acceptauit debitorem illum, hæc erit proculdubio nouatio, *Afflict. decis.* 353. *num.* 4. qui dicit vsum obseruare responsum, *Aret. cons.* 5. *& Cauens. in l. delegare, ff. de nouat.* vt refert *Menoch. d. præsumpt.* 144. *sub n.* 38. adde *Franch decis.* 15. *Ricc. collect. decis.* 349. *Macerat. var. resolut. lib.* 2. *resolut.* 57. *sub num.* 60. *&* 61.

43 Verùm nec hodie sufficit hæc probabilis coniectura, prout in contrarium steterunt *gl. in l.* 2. *C. de donat. in verbo enanuit lud. Roman. in d. l. singularia ff. si cert. petat.* quorum sententiam conatus fuit amplecti *Parlad. loco cit. sub num.* 50. ad tuendam *l.* 15. *tit.* 14. *parte* 5. *recopilat. ex quo Greg. Lopez* notat priorem suprapositam opinionem recessisse ab aula tãquam antiquata, & voluit *Aued.* in dictionario, verbo *delegacion*, Villalobos verbo *nouatio*, *Gutt. de confirm. iur. parte* 1. *cap.* 61. *num.* 5. ex qua regia constit. patet, nullis præsumptionibus, sed conuenctione dumtaxat, hodie nouationem fieri, adeo vt, prima obligatio perimatur, & noua constituatur *Epis. Afflict. in contr. Inr. resolut. cap.* 315. *num.* 9. vbi *num.* 6. *&* 7. dicit quod per talem nouationem non extinguntur iura antiqua, quia si qua nouationis capiẽda coniectura foret, certè delegatio potiùs, quàm nouatio esse deberet, & cum hodie solutione, vel acceptilatione dumtaxat obligatio extinguatur, nunquàm nouatur, quando nihil dicitur: delegationibus enim, vel alijs nouis adiectis pactionibus, obligatio non extinguitur, nec nouatur: nisi expressè caueatur, vt patet in tot *tit. instit. quib. mod. tollit. obligat:* igitur firmat *Palad.* hodie ex nulla quantumuis probabili coniectura, nouationem fieri non posse, quæ opinio licèt impugnetur à D. de Luca remissiuè *obseruat. ad decis. de Franch.* 15. *sub num.* 2. tamèn ipse D. de Luca non vidit, quod Arias de Mesa ab ipso allegatus, non impugnat, sed defendit *d. cis. Parlad.*, cùm illam citet absque aliqua alia impugnatione, & de Regio Hispano iure alitèr sentitur *per Parlad.* quàm, per quod fuerit per *Arias allegat. & Carl. loco cit. sub num.* 23. *in fine*.

44 Secunda est coniectura, quando vltimus contractus cùm primo non compatitur, tùnc enim posterior derogat prioribus *l. pacta nouissima C. d. pact. Bald. in d. l. vlt. in princ. dec. d. cons.* 400. *&* 463. *num.* 6. *&* 7. *Decian. d. resp.* 11. *num.* 68. *in fine*, *Crauetta cons.* 167. *Menoch. d. præsumpt.* 144. *sub num.* 39. *vbi sub num.* 40. ex contrario sensu affirmat, quod vbi non est repugnantia, non potest fieri tacita nouatio, & in *cons.* 381. *num.* 35. *cum seq.* & tùnc nouatio fiet ipso iure *Mantica loco cit. sub num.* 13. adde quamplurimos relatos per *d. Arias de Mesa var. resolut. lib.* 1. *cap.* 40. *sub num.* 23. *vers. & nulla congruentior*.

45 Tertio est coniectura, quando præcessit liberatio, & statim sequuta fuit alia obligatio, illa etiam iure nouissimo omninò animo nouandi facta intelligitur *Ripa responso* 18. *num.* 33. *Grat. discept. forens. cap.* 504. *D. Consil. Roccus tomo* 2. *responso* 95. quos nequè intellexit, *D. de Luca loco cit. sub num.* 3. quando voluit contra eos adducere doctrinam *Manticæ d. lib.* 17. *tit.* 3. *sub num.* 17. quia *Mantica* ibi loquitur de termino desuper per nos posito, confutando *Menochij cons.* 341. *num.* 24. qui tenuit ad inducendam tacitam nouationem sufficere, quod secundus cõtractus plùs contineat, quàm primus, ex quo per promissionem maioris quantitatis non præsumitur facta nouatio, vt etiã nos probauimus mox supra, nos hic sumus in casu diuerso, quando fuit facta nouatio, post quàm debitor fuit liberatus, & sic liberatione rectè tollitur prima obligatio, secunda, quæ subsequitur, erit proculdubio noua obligatio, vt probat idem *Mantica loco cit. sub nu.* 12. *vers. sciendum est*, & miror, quod *D. de Luca* ab vno eodemque authore in eodem loco confundatur absque perceptione terminorum.

46 Quarta est coniectura, quando secunda obligatio est contracta sub prima, cõmemoratione prioris contractus: nempè repetitio duo operatur. Primũ quidem, vt efficiat nouum contractum. Secundũ, vt à priori recessum intelligatur, vt per *Bald. in l. pacta conuenta num.* 2. *&* 3. *not. ff. de contrah. empt.* Vndè si quis dixerit per decem, quæ tibi debeo, quindecim pro-

promitto, apparet eum velle priorē obligationem in posteriorem velle transferre.

47 Cæterū aduertè, quod ex omnibus suprapositis casibus, et cæteris, qui forsitam symboli erunt ad inducēdam nouationē de iure nouissimo, non fiet argumentum inductiuum à lege, sed bene ab expressa hominis voluntate, qui sic contrahendo videntur expresè voluisse se conformare cùm dispositione Constitutionis Iustiniani, quæ non correxit quod ex verbis expressis contrahentium colligi posset; sed iurium ambiguitates dùmtaxàt, vt perbellè extollit illam legem *Mantica loco cit. sub num. 16.*, et proinde poteris concludere indefinitè hodie nouationē præsumptam haud fieri posse præsumptione iuris dumtaxàt, non vero præsumptione, quæ aliquo modo exprimitur à contrahentium voluntate, ad quod non aduerterunt Doct. tenentes, posse hodie ex præsumptionibus induci nouationē, quod proculdubio indistinctè fatendum esset, destruere Iustiniani Constitutionē, et denuo ad Iurium obscuritates redire, quod non est concedendū, præcipuè istis temporibus quibus maxima indigemus iurium reformatione, quàm ambigua disputatione *Mascard. de probat. Concl. 1107. num. 8. cùm seq. Ant. Gabr. tit. de nouat. lib. 3. concl. 1. num. 58. Rota Romana decis. 262. p. 2., & decis. 297. nu. 10. parte 1.*

48 Tertium argumentum, ne ob transgressionem remaneat inresolutum, corruit ex eo: nàm longo sumptō vocabulo, appellatione nouationis venit ista pænalis, sed sic est, quod in correctiuis, quando ratio est expressa in lege vigente, licita est extensio de stricta significatione vocabuli ad latam, iuxtà *gl. in clem. prima* in verbo *eligatur de elect. Bald. in d. auth. quas actiones col. 2. Paul. in l. 2. C. de fideicom.* ergo secundum Iasonem *in d. l. ità Hipolitus* cessat hodie eiusmodi disputatio ex quibus.

49 Collige Primo quod in pænalibus, in quibus agitur de delicto, vel de contemptù, secunda pæna non nouat, sed censetur apposita ad maius robur *Rota Romana decis. 30. num. 3. p. 2. in nouis, Macerat. var. resolut. lib. 3. resolut. 45. sub num. 2.* quod secus est in vltimis voluntatibus prout diximus, et sunt intelligendi *Mascard. d. concl. 1107. num. 24. & Gabr. d. concl. 1. num. 67.*

50 Collige secundo, quod et si de iure nouissimo etiàm nouatio præsumeretur *Ossasc. decis. 142. num. 11.*, et nos supra diximus ex *Menoch. d. præsumpt. 134. num. 35. & voluit Gaill. pract. obseruat. lib. 2. obser. 30. num. 3. & Rota Romana d. decis. 562. in princ. p. 1.* intelligitur de coniecturis, quæ desumuntur ex verbis expressis in dispositione, vt voluit etiā *Macerat. d. resolut. 45. nu. 4.* in quibus valde versatur Iudicis arbitrium secundum *Menoch. de recup. possess. remed. 9. num. 388.* vide quæ dixit *D. de Ponte cons. 87. per tot. vol. 2.*

51 Collige tertio, quod tametsi nouatio arguatur, quando secunda obligatio cōtinet quid diuersum à prima *l. pacta nouissima C. de pact. Crauetta d. cons. 167. nu. 9. Non. in cons. 82. num. 15. Mascard. concl. 1107. num. 2.* tamèn in pænalibus diuersitas pænæ non arguit nouationem, quādo illæ sunt compatibiles, prout diximus de contractu compatibili, vt voluit post omnes etiàm *Macerat. d. resolut. 45. sub num. 7. vbi num. seq.* habebis an, et quando pro vno delicto possit agi ad duplicem pænam vide *D. Reg. Capyc. latro decis. 78. per tot. vol. 1.*

52 Collige quarto, quod si in secunda obligatione alij dati fuerint fideiussores, prioris obligationis fideiussores non liberari, nisi id expressum dictum fuerit *Bart. in l. Valer. ff. de præst. stipulat. Albertus Brunus tract. de aug. clausf. 4. num. 8. sequitur Palad. loco cit. sub num. 51.*, vel in casibus, in quibus habetur pro expressa *Andreol. contr. 509.* quem sequitur de *Luca d. obseruat. 15. sub num. 4.* et nos suo in loco dicemus.

53 Collige quinto, diem, et terminum obligationis prorogatum, obligationem non nouari, et proinde fideiussores ab obligatione minime liberari *Dec. cons. 93. num. 5. & cons. 107. Tiraq. de retract. conuent. Gl. 7. §. 1. num. 32. Ant. Gabr. d. tit. de nouat. concl. 3.*

54 Collige sexto: nàm quemadmodum per iuramentum à parte parti delatum nouatio fiat, iuxta *text. in l. qui iurasse ff. de iure iur.* non per modum extinctionis veteris actionis, sed quia noua actio, de

qua

qua in *l. auctori C. de iure iur. veteri* adjicitur *Seraph. de priuil. Iur. priu. 80. num. 2. Comes. in §. Item si quis postulante num. 6. instit. de tut. Gull. de iur. parte 1. cap. 63. in fine*, tamen si de animo nouandi, et priorem obligationem in aliam transfundi appareat, prior obligatio euanescet, et posterior dumtaxat erit firma *l. nouatione 18. ff. de nouat. Heringius tract. de fideiuss. cap. 27. p. 1. cap. 79.* sequitur *D. Arias de Mesa lib. 2. var. resol. cap. 13. sub num. 3.*

55 Collige septimo: nam quando quis non incontinenti in eodem instrumento, sed ex interuallo intercessit, non adiectis illis verbis, animo nouandi, et simul etiam se debitorem constituit, erit tunc tanquam simplex fideiussor considerandus *Alex. cons. 33. num. 10. lib. 4. & cons. 29. num. 9. lib. 7. Ias. cons. 58. num. 4. lib. 3. Surd. cons. 20. num. 24. lib. 4.* rationem assignat *D. Arias loco cit. sub num. 7.* quia duo rei diuersis temporibus constitui non possunt *l. duos §. ult. l. si ex duob. ubi Aret. vers. responderit ff. de duob. reis*, et hanc esse communem opinionem contra *Marsilium in rubr. de fideiuss. sub num. 62. Lambertengus de contract. gl. 16. num. 15. Muscatell. in praxi fideiuss. 2. parte q. 10. num. 30. Felic. de censibus lib. 3. cap. 3. num. 3.* testantur.

56 Collige octauo ex dictis in principio, in illis casibus, in quibus stipulatio poenalis adiecta nouat priorem obligationē post commissam illam poenalem stipulationem; poenam solam peti posse, tametsi factum sit in facultate soluendi, in aliis vero casibus, in quibus stipulatio poenalis superaddita non nouat primam post moram, peti posse vnum, quod actor elegerit, *D. Carl. loco cit. sub num. 15.* licet non recte dixerat in *vers. oportet*, quod in hoc genus nouationis; quae resultat ex stipulatione poenali adiecta in confirmationem prioris principalis stipulationis, nihil esse innouatum a Iustiniano per dictā constitutionem, secundum *Franc. Marcum decis. 412. num. 14. & 18. Gratt. de iur. confirm. par. 1. cap. 63. num. 6.* quia vt probauimus fuit per eandem constitutionem innouatum, prout in caeteris nouationibus, quae haud hodie fieri possent, nisi expressè agantur.

57 Collige nono limitationem ad quid, quod obligatus non potest simul compelli ad vtrumque, videlicet factum, et poenam, quotiescumque adjiciatur in contractu clausula (rato manente pacto) nam tunc post morā potest vtrumq; peti, et factum promissum sub prima stipulatione praecedenti, et poena, vt interesse conuenta in stipulatione poenali sequenti, *l. qui bis idem, ff. de transact. l. cum proponas, C. eod. tit. Barbosa clausula 128. Marta clausula 125. in prima parte* cum concordant: *per D. Carl. loco cit. sub n. 16.* qui improbat sublimitationem *Baldi in l. si de fundo in 2. lectura num. 6. C. de lot.* vt non intelligatur in illis casibus, in quibus, quis non compellitur praecise ad factum, sed liberatur soluendo interesse, in quibus credit, etiam si apposita sit clausula (*rato manente pacto*) reum teneri ad interesse dumtaxat.

58 Collige decimo aliam limitationem, nempe si cōtractui adjiciatur iuramentum, quia illud vim habet clausulae (*rato manente pacto*) & consequenter habet eundem effectum, vt simul peti possit poena incursa propter moram, & factum ex contractu iurato, *Bart. in l. si quis maior num. 7. & 8. C. de transact.* per illum *text. Cagn. ibi num. 143. Seraph. de priuil. iur. priuil. 85. num. 3. Andr. Gaill. pract. obseruat. lib. 1. obseruat. 150. num. 11. Franc. Marc. decis. 412. num. 15. & decis. 413. parte prima, Canalc. decis. 35. & num. 10. parte prima; Molina de iust. tract. 2. disput. 516. num. 12.* sequitur *D. Carl. loco cit. sub n. 19.*

Et an, & quando stipulatio dandi, faciendi, & restituendi sit diuidua, vel indiuidua, videndus post omnes melius apud *Ias. in d. l. stipulationes non diuiduntur, ff. de verb. obligat.*



ARGVMENTVM.

Quod continetur in secunda stipulatione, & promissum est in casu non implementi prioris stipulationis continentis promissionem facti, aut dationis, an, & quando censeatur promissum nomine pœnæ, vel nomine interesse: cùm neutrum exprimatur, sed sit simplex promissum certæ quantitatis, & discutitur de symbolo inter interesse damni emergentis, & lucri cessantis.

SVMMARIVM.

1 *Promissum in secunda stipulatione in casu non implementi prima stipulationis, an censeatur promissum nomine interesse, vel nomine pœna.*

2 *Pœna semper intelligitur apposita quatenùs cùm interesse concurrat.*

3 *Pœnales stipulationes nihil aliud important, quàm interesse.*

4 *Interesse ex duplici capite colorari potest.*

5 *Damni emergentis, & lucri cessantis discriminis effectus.*

6 *Damnum pati, & lucrum perdere, an differant.*

7 *Hæreditas an possit repudiari in damnum creditoris.*

8 *Damnum emergens, & lucrum cessans an differat in actione bonæ fidei.*

10 *Damnum pati, & lucrum non facere an sint symboli.*

11 *Emendatio regulariter facienda cui patitur interesse.*

12 *Damnum pati, & lucrum non adeptum quid importet in Regno.*

13 *Pactum de soluenda certa quantitate pro interesse an fieri possit, & num. 14. & 15.*

16 *Oculi sunt aperiendi ne incurramus in scopulum materiæ damni emergentis, & lucri cessantis, & distinguuntur aliqui casus.*

17 *Damni emergentis, & lucri cessantis casus planus, & apertus.*

18 *Promissio quanti interest ex facto non sequuto an valeat.*

19 *Interesse ceù quid facti probandum.*

20 *Pactum de interesse soluendo an sit vsurarium, & num. 21. refertur opinio probabilior sub num. 22.*

23 *Dos constituitur marito, vt onera matrimonij substineat.*

24 *Pecunia est ex se sterilis.*

25 *Dos constituitur marito, vt constante matrimonio eius substineat incommoda soluto vero eo, eam restituat.*

26 *Hæres mariti tenetur restituere dotem vxori statim si consistet in stabilibus, & si in mobilibus post coactum.*

27 *Pactum inter hæredem mariti, & vxorem viduam de soluendo interesse pendente restitutione dotis, an valeat, & num. 28. & 29. & 30.*

31 *D. Præses Merlinus lib. 2. illustr. contr. cap. 50. sub num. 27. confutatur.*

32 *Interesse conuentum inter emptorem, & venditorem, pendente solutione pretij, an sit validum.*

33 *Interesse vt exigi possit probari debet, non obstante conuentione.*

34 *Interesse taxatio à principio quid importet.*

35 *Interesse taxatio inter emptorem, & venditorem à principio videtur esse transactio quædam super valore fructuum, & n. 36. contrà inde n. 37.*

38 *Emptio, & locatio sunt symbola.*

39 *Quarantigia quid importet in Regno.*

40 *Interesse in mutuo valde periculosum.*

41 *Pœna triplex.*

42 *Pœna an censeatur apposita in fraudem vsurarum.*

43 *Interesse quid importet in foro externo, & interno, & num. 44.*

45 *Interesse tanquam dependens à facto futuro nullam habere potest certitudinem.*

46 *Interesse taxatio à principio non differt nisi nomine ab vsura.*

47 *Contractus censualis ità celebratur, vt re-*

remaneat debitor obligatus ad restituendum capitale.

48 *Interesse taxatio quod valeat, qui tenuerunt, & rationes num. 49. vsq; ad n. 54. Confutantur ex rationibus subsequentibus sub num. 55.*
Respondetur ad contraria sub num. 56. 57. 58. 59. & 60.

C A P. VII.

1 HÆC, quæ subsequitur disputatio non est minoris famæ præcedenti pensitato articulo, an scilicet, quod continetur in secunda stipulatione, & promissum est in casu non implementi prioris stipulationis continentis promissionē facti, aut dationis, censeatur promissum nomine pœnæ, vel nomine interesse: cùm neutrū exprimatur, sed sit simplex promissum certę quantitatis, & an sit symbolum inter interesse damni emergentis, & lucri cessantis propter diuarium inter Doct.

Et quod censeatur promissum nomine pœnæ, facit *text. in l. 3. §. si à fideiussore, vbi gl. & Bart. ff. de eo, per quem factus erit, l. duo societatem*, & ibi *gl. verf. ità dari, ff. pro soc. & l. 1. §. item si ità*, & ibi *glos. verf. transfusum, ff. ad l. falcid.* & in *l. in executione, §. quod si stipulatus*, & ibi *glos. verbo dari, ff. de verb. oblig. & in l. fin.* & ibi *glos. verf. commodius, ff. de prat. stipulat. & in l. sancimus, C. de fideius. cum cōcord. per D. Cal. dicta disput. 3. sub num. 20.*

Incontrarium iuere *Ioan. Andr. in cap. bona fides num. 5. in fine de reg. iur. in 6.* cùm cæteris Doctoribus allegatis per *D. Carleual. loco cit. sub num. 21.*

2 Et quia recepta fuit opinio, vt semper pęna intelligatur apposita, quatenùs cùm interesse concurrat, iuxtà notata per *Afflict. decis. 135.* ibique per *Vrsill. Caranita in ritu 168. num. 6. Thes. decis. 78. n. 4. Osasch. decis. 70. n. 10. & 11. Rie. collect. decis. 1073. & decis. Cur. Archiep. par. 3. decis. 140. Papon. lib. 12. tit. 9. arresto 1.* & promi-
3 dè nunquàm obseruabatur in sententijs antiquis condemnare ad interesse, sed ad pœnam in contractu appositam, quatenùs cùm interesse concurrit, ergo certum est, quod pœnales stipulationes, quę in contractibus apponuntur nihil aliud important, quàm interesse, dixit *Dominus Rouitus super pragm. 1. tit. de inscript. abus. sub n. 142. D. Consil. Theod. allegat. 33. sub num. 10. & allegat. 40. sub num. 2.*

Hoc equidem interesse etiam conuētum ex duplici dumtaxàt capite colorari poterit, vel damni emergentis, aut lucri cessantis, quod quidem, in genere sumptum nihil aliud est, quàm æstimatio eius, quod alicui abest alterius culpa, aut causa, aut quia dānum recipit amittendo sua, aut quia sibi quærendum non quærit, secundum *Caluinum in lexicon verbo interesse*: Vndè tùnc alterius dicitur interesse, cùm ei alterius culpa, aut causa, quod habet amittit, aut quod erat acquisiturus non acquirit, quod est lucrū cessare, & consequentèr, vt diximus, aut damnum emergens, aut lucrum cessans est, *l. non vtique, §. fin. ff. de eo, quod certo loco, l. si commissa 13. ff. rem ratam haberi, l. quicquid, C. de arbitr. tut. l. vnica in fine, C. de sent. qua pro eo, quod interest.*

5 Effectus resultantes à discrimine dāni emergentis, & lucri cessantis sunt. Primo: nàm si ego edes meas altiùs tollam, & ex earum altitudine tu habens edes vicinas prohiberis proprio luminum lucro, quia ædes meæ luminibus tuarū officiunt, & ego tibi damni infecti promiserim, tu ex mea promissione agere nō potes, quia damnum non infero, sed lucrum prohibeo, *l. Proculus, ff. de dam. infect.* damnum enim tùnc propriè pati dicitur, quando aliqua fit patrimonij diminutio, & vbi re nondum quæsita quæri priuatur, non dicetur damnum pati *Card. Poleot. de not. & Spur. cap. 9. n. 9. tomo 8. par. 2. Michael Sal. ad Diu. Tho. 22. quæst. 78. art. 2. contr. 9. sub n. 1. verf. explicatur.* lactura enim in bonis acquisitis saltem, quia in futurum de bonis, quæ tùnc habuerit vrgetur aliquid plus insumere, quàm alioquin insumpsisset, aut aliquid suorum bonorum deteriùs reddi, aut omninò destrui, appellatur damnum emergens, lactura verò, per quàm acquirere omittitur, dicitur lucrū cessās, quia, quod quis de nouo acquirit, dicitur lucrum, & quando ab eo acquirendo desistit, dicitur ab eo cessare, *Molin. de iust. tomo 2. de contract. disput. 314.* dummodò non versemur in amissione

H 2 fru-

fructuum : tùnc enim potiùs damnum emergens, quàm lucrum cessans dicetur *Grat. discept. forens. cap. 387. n. 7. D. Marchio Marconi de Ponte decis. 34. n. 36. in fine, Seraph. decis. 1284. n. 2. & 3.* sequitur *D. Carl. dicta disput. 8. sub num. 2. vers. dum tamen aduertas.*

6 Secundo differunt perdere lucrum, & pati damnum: nàm si debitor, cui bonorū alienatio est prohibita, in fraudem creditorum non potest alienare bona quæsita, potest tamen se abstinere à querēdis *Scaccia de Iudic. cō. lib. 2. cap. 2. sub n. 290.*

7 Hinc est, quod debitor potest repudiare hæreditatem, vel legatum in præiudiciū creditoris hypothecarij eùm hypotheca bonorum præsentium, & futurorum, vt voluit *D. Praes. de Franch. decis. 101. sub num. 32. D. Arias de Mesa var. resolut. cap. 41. num. 22. lib. 2. D. Consiliarius Franciscus Maria Pratus lib. 1. discept. 34. Larrea decis. Granat. 55. n. 3. & 8. D. Reg. Capyc. Latro decis. 8.* quicquid incontrarium dixerat *Camillus de Medic. cons. 98. Rota Romana decis. 341. par. 4. in nouis,* obseruauit *D. de Luca ad Franch. obseruat. 101. sub num. 4. vers. amplectendam,* respondēs *num. seq.* ad contraria, & limitans hoc tamen in foro conscientiæ, saluo casu relato *per Episcopum Campaniæ Caramuelem in Theologia fundamentali pro regula l. cū fraudantur, ff. de orig. iur. n. 1252.*

8 Tertio adeo differunt interesse pati, & lucrum non facere, quia tametsi contra inopem, & decoctum currat interesse damni emergentis, non habet tamen locum interesse lucri cessantis, *Menard. decis. 17. Bellin. decis. 39. n. 2. & 3. Afflict. decis. 20. n. 3. Marta decis. 165. n. 10. Seraph. decis. 1454. Ricc. collect. 1432.* rationem assignat *D. Carl. loco cit. sub n. 3.* quia vna ex conditionibus, quas requirunt Doctores, vt possit iustè exigi interesse lucri cessantis, ea est, vt à quo sit exigendum sit soluendo, à paupere vero, & inope exigi non potest.

9 Quarto adeo differunt damnū emergens, & lucrum cessans, vt in actione bonæ fidei possit damni emergentis interesse semper peti, non verò lucri cessātis *Gaill. pract. obseruat. lib. 2. obseruat. 6. num. 6.* & proindè secundum *Scaccia de commerc. et camb. §. 1. q. 7. par. 2. ampliat. 8. sub num. 273.* omnes authoritates adducetas *per Rebuff. in d. l. vnica, in præfat. n. 3. et seq. C. de sent. quæ pro eo,* loqui non in lucro cessante, sed in damno, quo res diminuitur, & maius causet damnum qui dānum infert, quàm qui lucri occasionem tollit, & consequentèr, sicut maius infert damnum, ità efficaciùs obligatur.

10 Sunt benè verūm lucrum non facere, & damnum pati aliquando symbola, & Primo, quando lucrum est radicatum, *Ias. in l. reprehendenda in fine num. 10. C. de instit. et subst. Rebuff. in d. l. vnica post notab. in gl. prout sub num. 20. vers. oppono,* & promissio, siuè stipulatio damni infecti habet locum etiam in casu desuper proposito in *d. l. Proculus,* si lumina deberentur ex seruituris iure *Ossasc. d. decis. 95. num. 42.*

11 Secundo, nàm licèt regularitèr emendatio facienda sit sui, paritur interesse secundum *Arist. in 5. ethicor. cap. 4. et non alij,* prout aduertit *gl. in l. liber homo la seconda, § fin. uers. incerti, ff. de uerb. oblig.* quare etiam non dominus pro eo, quod sua interest rectè agit, dùm aliundè sibi est consultum, quia iam sua non interest, *l. si cui. ff. eod.* soluitur tamen aliquid non solum interesse passo, sed etiam & Fisco, qui damnum passus non est. vt in *l. agraria, ubi Bart. notat, ff. de termino moto,* quod est generale in pœnis pecuniarijs, in delicto, ratione spretæ superioris authoritatis, cuius spreti emendatio statuitur aliquando, per pœnam pecuniariam, aliquando per corporalem *D. Theod. d. allegat. 40. sub num. 23.*

12 Tertio, nàm si clarè constat, par esse in interesse damnum passi, & interesse ob lucrum non adeptum, reficiatur integrè in vtroque, prout practicatur in hoc nostro Regno, vbi vsui receptæ sunt opiniones ad rationem septem, vel octo in circa pro centenario, eùm personis diuitibus, ac etiam eùm Regia Curia, aut eùm fidelissima Ciuitate, tale interesse lucri cessantis ex mora debitoris passim reficitur de stylo S. R. C. absque alia probatione secundum punctualem doctrinam, *Alex. cons. 172. num. 20. uol. 6. et Canonistarum in cap. salubriter, et in cap. conquestus, ubi gl. et Abb. num. 6. de usur. Afflict. decis. 20.* dùm distinguit circa lucrum certum, & incertum, *Capyc. decis. 19. n. 8. D. Consil. Marcian. cons. 50. num. 5. et 6. D. de Ponte*

de

de bote R.Proreg.tit.4. §.5.num. 77.in fine, Gait.de credito cap.2.tit.7.num.1756.cum seq. D.Reg.Capyc. Latro decis. 106. in fine uol.1. D.Consil.Theod.d.alleg.40.sub n. 30. subdens *sub n.* 31. idem obseruandum esse in alijs mundi partibus,in quibus est in vsu aliquid eiusmodi lucrum certum absque impensa, labore, & risico, quæ omnia secundum *D. Reg. de Ponte decis. 34.sub num.54.col pen.*faciunt litigatores decoctos etiam si post longam litem sententiam in eorum fauorem reportaucrint.

13 Quod etiàm per pactum de soluenda certa quantitate pro mora, reduci potest ad verum interesse,fieri potest,dummodo non excedat solitum lucrum,iuxtà regionis consuetudinem, quia hoc mea interest quod lucretur *Bald. in l. 1. num. 38. vers. tertio quæritur C. de his quæ pen. nomin. Dec.in cap. cùm venerabilis ante num. 15. in vers. putarem de except.*, & in hoc quarto loco symbolizantur damnum, & lucrum, quià per pactum deduci potest etiàm absque mora tàm interesse damni emergentis,quàm lucri cessantis *Cait.22. quæst.62. art.4. & quæst.78. art.2.super solut. d princ. & in summa in verbo, mora, vers. quartus casus, & vers. quintus casus Nauarra in Manuali cap. 17. nu.211. vers. & quod inter omnes*, & in *Comm. de vsuris super cap. si feneraueris 14. q. 3. notab. 15.quæst.3.sub num.42.cùm seq. Couar.lib. 3. var. cap. 4. num.5. vers. itèm, & illud, Barbosa in l.2.in princ.parte 1.num.48.circa finem ff.solut.matr.Gasbar. Rodr.de ann. redit.lib.3.quæst.8.ex num.41.Salon.de iust. & iure tomo 2.quæst.78.art.2.contr.8.num. 9. Lessius de Iust. & iure lib. 2. cap.20. dub. 11. & num.88. Azor.instit. moral.parte 3. lib.7.tit.de mutuo cap.7. quæst.6.§. secunda est coniectura Filiucius moral. quæst. tomo 2. tract.34.parte 2. cap.4. num. 69. & 78. Bonac. Theol. moral. tomo 2. tract. de contract.disput.3. quæst.3.puncto 4. num.2. & 17. Hermosilla g'.4. num.22. in l.10.tit.1.*, & sic pactum, & statutum taxantia interesse ab initio adhuc sunt symbola, prout de consuetudine Neapolitana, quæ incipit *Viro mortuo, Capyc. decis. 55. nu. 5. Afflict. decis. 284. in 1.*, & potest Princeps etiàm condere legem circà taxationem interesse, illud statuendo ad rationabilem quantitatem pro centenario, vt per *Couar. lib.3. var.resolut.cap.15. nu. 6. Arius. Pinelius de rescind. vendit. parte 3.cap.vlt.num.35. D.Theod. d.alleg.40.sub num.32. & 33.*

14 Hæc enim conuentio est proculdubio valida ab initio, vice cuiusdam transactionis, quæ ad fructus rei traditæ, & interesse venditionis commensuratur respectu futuro euentu, quæ sicut se habere potest ad maiorem quantitatem, ita quoque ad minorem, pro vt voluit *D. Præses Merlinus contr. forens. cent. 2. cap. 50.sub num.12.& seq.* dicens non esse verùm, quod, pendente dilatione, non est debitor in mora, ex quo in nostro casu duplex contrahitur per debitorem mora, vna quæ dicitur irregularis, & contrahitur re ipsa, vt per *Bart. in l. curabit C. de act. empt.* quem sequitur *Decius loco cit. sub num. 56.* alia regularis ex ipsa retardata solutione, vt per *D. Reg. de Ponte loco cit. in fine*, & dilatio concessa ad prætium exoluendum non debet simplex censeri, sed in recompensationem certæ moræ incurrendæ.

15 Nec circa hoc erit statuendum discrimen intèr damnum emergens, & lucrum cessans, vt potior sit prioris, quàm posterioris causa, paria enim sunt venditoris interesse decem non recipere, & decem refundere, ex quo vtroque modo damnum patitur *gl.not.in l.1. §.si quis autem ff. de itin. act. priuat. Alex. cons. 164. num.4.col.5. & cons.89.num.13.vol.2.Magon. decis. lucent. 25. num.87. D. Ma c. d. cons.50. num.5.* Proindè habito ad huiusmodi interesse respectu, validam esse huiusmodi conuentionem, etiàm si fructus rei traditæ ratam excedat; probat *Dec. cons. 111. Paris cons.60. num. 22. & 29. lib.2. Paul de Castr. in l.2.C.de vsur.* hac euidentiori ratione, nempè esse casum fortiorem, vbi quis rem suam ex necessitate vendit, vt ex prætio rem sibi vtiliorem, & commodiorem comparat, qui si ad fructus tantùm rei venditæ habuisset respectum, vtique non vendidisset eo, quod potiùs damnum, quàm commodum sentiisset ex venditione illius rei, cuius fructus non propria manu percipere posset: ex aliena quasi eleemosyna, & caritate quæreret, vt elegantèr

per

per *D.Merlin.loco cit. sub num.*20.

16 Cæterum nè ex ſuprapoſitis inconfuſè traditis incidamus in lapidem, & fortè offendantur pedes noſtri, ſunt aperiendi oculi in ſubſequentibus diſtinctis caſibus, tanquam ij ceù latentes ſcopuli in medio maris poſiti.

Primus caſus erit in promiſſione facti, vt ſi quis promittat ædificare domum, vel ſcribere librum, quod ſi non fecerit ſe obligat ad ſoluendum centum. Secundus quando in contractu conſtitutionis dotis, veluti ſi Pater vxoris promittat dotem genero, & interim dùm non ſoluit dotem, ſoluere intereſſe, ad rationem quinquè, vel ſeptem pro centenario. Tertius in reſtitutione dotis, vt ſi hæres mariti ad reſtituendam dotem Viduæ conueniat cùm illa de ſoluendo illi ad rationem quinquè, vel ſeptem pro centenario; donèc dotem retinet. Quartus in emptione, & venditione, vt ſi venditor, ſtipulatur ab emptore pro prætio non ſoluto ad rationem ſeptem pro centenario. Quintus in Mutuo, vt ſi mutuator ſtipuletur à Mutuatario tempore mutui quinquè, vel ſeptem pro centenario pecuniæ Mutuatæ, ſingulis annis, ratione damni emergentis, vel lucri ceſſantis, dùm pecuniam numeratam non reſtituerit, & demum, Sextus in Cambio, vt ſi Campſor ab initio cambij taxaret decè, vel quindecim pro centenario vſque ad primas nundinas, & recambia ad eandem, vel maiorem rationem.

17 In Primo igitur caſu deambulare poſſumus clauſis oculis, eo quia plana eſt via, in aliquam non incidemus foueam; dummodo pæna illa concurrat cùm intereſſe paſſo, quod quidem tanquàm incertum, & continens futurum cuen-

18 tum omnino taxandum, ex eo quia, nemo Videns eſt (ſic appellabatur Propheta) quanti ſua intererat factum promiſſum non ſequutum: valebit tamèn, promiſſio illa, ſubſequuta probatione, quanti intereſt ex facto non ſequuto, ſecundum *Manchecam quæſt. vſuf.lib.3.cap.60.num.*25 & ex hoc erit, vt dato termino ſuper omnibus, poſſit etiam pars ex aduerſo probare contrarium, nempè nullum interfuiſſe intereſſe, quod ſi non admitteretur, & procederetur ad modum belli, fieret iniuria ei, qui iura ſua habet probanda, & probare non poſſet ex taxatione illa conuencta, & ſtylus, & conſuetudo approbantes dictam pænã, quatenus cùm intereſſe concurrat deſeruiet de vento, quando aut ex ſolius conuenctione procederetur ad exactionem pænæ conuenctæ, non liquidato intereſſe, auditis partibus, quo non liquidato, vel in contrarium probato nullum ad fuiſſe intereſſe, ex facto illo non ſequuto non eſſet amplius, quid quærendum de pæna conuenctionali, vt probat *Dom. Carl. d. diſput. 8. inſpect.* 1. ſubdens, quod ſi aliàs taxaretur de facto intereſſe ex inueterato ſtylo, inauditis partibus, circà ea, quæ incumbunt probanda, non eſſet maior error in Mundo, quàm talis à ſty-

19 lo prædicto introductus, ex ea potiſſima ratione, quia intereſſe eſt quid facti, & omnino ab allegante probandum, vt longiſſima Doct. remiſſione ipſe probat *ſub num.*9.& proindè *ſub num.*10. exclamat contra Iudices Condemnantes reos ad intereſſe petitum ſine vlla probatione: teneri ſcilicet eos ad refectionem damnorum ex eorum capite illatorum Condemnato.

Nec poſſe ex ſtylo allegato excuſari Iudex, quia talis ſtylus non ſolum non eſt rationabilis, ſed quod magis apertiſſimus error, & ideo reſpuendus iuxtà *text. in l. quod cùm ratione ff.de legat.* ceù exortus ex capitibus eorum, qui nec ſcripta Doctorum leggerint, nec perpenderunt exhinde reſultantia tanquàm à ſpiritu nequam ducti, qui non aliud ambit, quàm intèr Chriſtianos zizanias, & crimina parare, vt puta refrigerata caritate, in eos introducere vſuras ſub honeſti nominis velamine, ſic legitur, diabolum habuiſſe duas filias, quas ob turpe nomen nuptui nunquàm tradere potuit: Vnius nomen erat ſimonia, alterius vſura, callidus diabolus deliberauit nomina immutare, & loco ſymoniæ ſubſit nomen penſionis, & vice vſuræ voluit, vt denominetur quæſitura, damni ſcilicet emergentis, & lucri ceſſantis, quibus nominibus immutatis, ſtatim adinnecta matrimonia, & dos fuit perditio animarum maritorum, quia penſionauit, & quæſiuit illos diabolus *Alciat. in l. vſura num.* 3.*ff.*

3.ff.de verb.sign., vel vlpes vestitur pelle leonis, vsura scilicèt vocatur interesse, & proinde concludédum est, quod quotiescumque pœna debet exigi, quatenùs concurrat interesse, debet omnino interesse illud liquidari, auditis partibus, non obstante quo vis stylo, & pacto incontrarium facientibus, & hic solus scopulus euitari debet hoc in primo casu.

20 In secundo verò casu dipartitæ sunt sententiæ, quarum prima eorum est, eiusmodi pactum esse vsurarium, & inefficax, & proinde interesse taxato ab initio in constitutione dotis peti non posse *Ioan. Andr. in cap. salubritèr 16. in prin. de vsur.* quem sequitur *Ioan. de Anania ibidem num.5. ex versic. quid autèm si ille, & in num. 6.* cæterique canonistæ *Alex. cons. 221. num.7. vol.2. Dec. cons. 3. nu. 5. & cons. 39. num.5. & cons. 119. num.7. & in cap. cùm venerabilis num.65. d. except. Cranetta cons. 189. num.7.* aliique passim, mouentur ab eo, quia pactum de recipiendo aliquid vltrà sortem, est vsurarium, cùm vsura sit lucrum, ex mutuo vero, vel interpretatiuo, in hoc casu cernitur mutuum interpretatiuum, cùm detur dilatio ad soluendam sortem principalem, & proindè hoc pactum censetur adiectũ in fraudem vsurarum, palliatum sub velamine interesse.

21 Secunda fuit opinio eorum, tale pactum non esse improbum, sed omnino valere, dummodo sit moderatum, & verisimile *Abb. in d. cap. solubritèr n.3. Anch. ibidem num. 3. de vsuris, Baldus Nouellus de dote parte 7. princ. 3. num. 3. Couar. var. resolut. lib. 3. cap. 1. num. 3. Gama decis. 272. Ioseph Ludou. decis. luc. 20. num. 17. Rota Romana decis. 331. num. 5. parte 1. Vin. decis. 424. Fontanella de pact. nupt. tomo 2. clauf. 5. gl. 9. num. 1. cæterique per D. Carl. dicta disput. 8. sect. 3. sub num. 18. vers. secunda sententia*, quorum ratio est desumpta *in d. cap. solubritèr de vsuris*, vbi, *generum recipientem pignus fructiferum, pro dote non soluta non obligari ad fructus pignoris in sortem computandos, illosque habere posse præcipuos, vltrà sortem, quousque illi dissoluã ur pro sustentandis oneribus matrimonij*: cùm tamen regula sit in contrarium, nempè fructus ex pignore perceptos esse computandos in sortem, principalem debitam, eamque diminuere *l. 1. & 2. C. de pignorat. act. l. 1. C. de distract. pignor.* aliàs non computatis fructibus in sortem, esset vsura *cap. cum contra de pignor. cap. 1. & 2. & cap. conquestus de vsur.*

22 Et cùm probabilior opinio hęc secũda deprompta fuerit ab illo cap. *salubritèr* qui secundum *Carl. loco cit. sub num. 2.* apud Doct. reputatur difficilis, distinguit, ipse duos casus, Primum quando dos promictitur genero in bonis stabilibus fructiferis, puta domo, fundo, annuis introitibus, ex quibus omnibus fructus exiguntur, quibus possent onera matrimonij substineri. Secundum quando dos promittitur in pecunia numerata, quæ ex se sterilis est, & fructus non parit *ad text. in l. vsura ff. de verbor. sign.* & ideo acquisitio ab ea dicitur contra naturam, secundum *Aristot. lib. 1. polit. cap. 7.* quia pecunia non gignit.

23 Secundo aduertit *Dominus Carleual*, dotem constitui marito, vt onera matrimonij substineat, matrimonio constante, *l. pro oneribus ff. de iure dot.*, & sic in Primo casu indistinctè tenet, si dos statim non soluatur maritus concurrat dãnum ommissionum fructuum, quos in bonis stabilibus in dotem pro missis receptus erat, & ex quibus oneribus matrimonij correspondere debebat in huiusmodi damni satisfationem, & restaurationem nihil mirum si possit lucrari fructus pignoris pro se virtute solutionis constitutæ dotis sibi dati loco illorum, quos ex bonis stabilibus promissis in dotem erat percepturus: Idque nulla habita ratione, an sint plures, an pauciores: cùm plerumque fructus dotis sint tenui ad onera matrimonij supportanda.

24 In secundo verò casu, vbi dos constituitur in pecunia numerata, quæ ex se sterilis est, maiorem habuit difficultatem *D. Carl. loco cit. sub num. 24.* de qua, apud *Salas de contract. tit. de vsur. dub. 29.*

25 *sub num. 6.* cæterum eleganter concludit, quod cùm pecunia dotalis detur marito, vt ex ea, constante matrimonio, eius substineat incommoda, soluto verò, eam restituat tacitè actũ videtur nè eam ociosè conseruet, alioquin si in arca ociosè seruaretur ad nihilum deferuiret, neque

què in aliquo pro illis oneribus maritum adiuuaret, & ideo traditur marito pecunia dotalis, vt eam implicet suo ramen risico, vel in rebus fructuosis stabilibus, vel in redituum annuorum emptione, aut in aliqua lucrosa negotiatione, ex qua aliquod lucretur, vt pacisci contingitur in capitulis matrimonialibus, quæ in hoc Regno assiduè fiunt, vt pecunia dotalis implicari debeat in emptionem stabilium, vel annuorum introituum, tù vt substineātur onera Matrimonij, tùm etiam vt securior sit tempore soluti matrimonij restitutio, & ne dotans ex sua incautione iterùm teneatur constituere dotem, si prima deperdatur, quo fine, vel deponi solet pecunia in publico banco vingulata, ne indè extrahatur, nisi pro facienda simili emptione, vel vt non possit vrgeri dotans ad illam soluendam, nisi inuenēta occasione emptionis faciendæ, & consequentèr dū illi pecunia non traditur, carere videtur fructibus, & lucro, quæ perceptutus erat ex pecunia implicata, non secùs ac si careret dotis fructibus in rebus stabilibus cōstitutæ, et consequentèr tuta conscientia, et omni bono iure stipulari potest, vt sibi aliquod detur, donèc sibi dos soluatur *Hostiens. in d. cap. solubritèr num. 5.* ex peculiari natura contractus dotalis, non ex fauore dotis, et non dicetur re vera taxatio interesse, sed potius quædam mensura adiumenti, dùm non soluit dotem, quæ prædictis oneribus supportandis deseruitura erat, et quasi *aginto di costo*, seù subuentio, in qua non scrupulosè agitur ad id, quod interest stipulatoris sit nè plùs, vel minus, sed promittitur, habito respectu ad onera matrimonij, quibus supportandis nunquàm sane sufficiunt hæc, et alia subsidia, et vtilitates ex dote aut eius occasione percepta, vt statuit *Papa in d. cap. salubritèr*, ad eundem modum, quo taxantur alimenta, non habito respectù ad præcisam necessitatem eius, qui alendus est, ità, vt nequè aliquid ex alimentorum impensa supersit, neque ad illam desit, quod esset strictissimum arbitrium, sed laxiori arbitrio, spectata necessitate alendi, morali, non Methematica, vel arithmetica, tot nummi, tot panes, et sic habes decisionem dicti *text. in d. cap. salubritèr* continere specialitatem, ratione contractus dotalis, non verò præcisè in interesse mariti, quæ tanquàm generalis esset apta comprehendere quemlibet alium contractum, vt aduertit *Nauarr. comment. de vsur. num. 64. 65. & 67.* et post eum *D. Carl. loco cit. sub num. 26. in fine*; qui *num. 27.* approbat statutum, quo disponitur, constante matrimonio, interim dum dos promissa marito non soluitur, vt detur illi à socero, vel alio dotante, certa annua quantitas moderata, habito respectu ad quantitatem dotis, et matrimonij onera, quo illa substineat.

26 Tertio nunc in casu est dicendum, quod, soluto matrimonio, hæredes mariti defuncti debent restituere Viduę bona, dotalia immobilia statim, mobilia verò infrà annum à die dissoluti matrimonij *l. vnica §. ex actio C. de reiux. act.* et ex ista obligatione dubium verum fuit, an si hæredes mariti mutuum faciant in restituenda dote pacisci possint cùm Vidua vel eius hæredibus, vt donèc dotem non restituerint, soluant ad rationē quinque, vel septem pro centenario, pro vt taxatùr interesse dotis tardius solutæ.

27 Regulariter affirmatur, nullum esse pactum, inualidamque esse conuentionē inter hæredem mariti, & viduam, quo, vel qua statuitur, viduæ certa quantitas soluenda vltra dotem, dùm ei dos non restituitur: nàm quicquid instà dotem recipiat vidua ratione retardatæ solutionis, aut quòduis aliud lucrum esset vsura, etiam cum in instrumento dotali cautum esset, vt vxor nomine alimentorum aliquid recipiat, donec dos soluatur, etiam iubente Testatore, vt aliquid annuatim soluatur vxori donec ei restituatur dos: & hinc est, quod si mulier, soluto matrimonio, ab hæredibus viri acciperet pignus fructuosum deberet fructus pignoris computare in sortem principalem dotis, contra quam dotis restitutionem loquitur constitutio *in d. cap. salubriter*, vbi communitèr Canonistæ. & Ciuilistæ *in l. in insulam, §. vsuras, ff. solut. matr. Afflict. decis. 284. & decis. 291. Gram. decis. 103. n. 91. Capic. decis. 61. apud nos in nouissimo tract. de assistent. q.* ... circa finem hoc, enim in casu cohonesta-

ri

Digitized by Google

rinon possunt onera matrimonij iam soluti, prout cohonestabant lucrum acquisitum à marito ob non solutam dotem iuxtà dispositionem dicti capituli *fa'nbritèr*, quia non sunt symbola onera matrimonij, & impensæ mulieris viduæ, eo dissoluto.

28 Limitant benè verùm supradictam regulam supracitati Doct. & infrà allegandi in interesse lucri cessantis, & damni emergentis, vt possit tùnc vidua certum quid ab hæredibus mariti differentibus dotis solutionē percipere, *Alex. cōs. 141. lib. 5. & cons. 200. lib. 6. Thes. decis. 43. n. 4. Barbosa in l. 2. in princ. parte prima n. 43. vers. vlt. infer. ff. solut. matr.* dummodo tale interesse liquidetur absq; aliquo alio priuilegio, sed prout regularitèr taxaretur in cæteris casibus, in quibus est probandum quanti interest.

29 Quæ quidem limitatio, vt clariùs intelligatur, *D. Carl. loco cit.* distinguit duos alios casus. Primum, quando dos viduæ consistit in bonis immobilibus, seù stabilibus, quæ fructuosa sunt, vt in tali casu statim restituenda iuxtà dispositionem *text. in d. l. vnica, §. exactio, C. de rei vx. act.* & si non reddantur, certum est Viduam amittere fructus bonorum dotalium suorum, illosque lucrari hæredes mariti non restituentes, ac per consequens interesse viduæ in subita restitutione suæ dotis, quamuis non constet de quantitate certi interesse. Secundum casum, quādo dos consistit in pecunia, pro qua restituēda datur hęredibus mariti dilatio anni. Hoc in casu distingunt Doctores, an vidua sit pauper, & inops, ità vt non habeat, vnde se alat, aliundè quàm ex bonis dotalibus, & tùnc percipit alimenta illo anno ab hæredibus mariti, vxoremq; recipere posse alimenta etiam vltra dotem absque vsuræ labe, aut vidua potest aliundè se alere, & tùnc dicunt non teneri hæredes mariti ad alimenta viduæ, si pecunia data est in dotem, ex ea conditione ad eam implicandam in negotiatione, vel emptione stabilium reddentium fructus, vt industria mariti pecunia sterilis reddatur fructuosa, & deseruiat supportandis oneribus matrimonij, præsupponitur regularitèr, & frequentiùs soluto matrimonio, relinqui pecunia implicata in rebus fructiferis, & per consequens, dùm ea gaudent hæredes mariti post annum, quo illam debent hæredes viduæ restitui, gaudere etiam fructibus implicatæ pecuniæ, & interessurio dotis ex retardata solutione, quod interessuriū ipsa vidua amittit, ac per consequens eius interest dotem exigere subitò post annum, vt possit cum sua pecunia negotiari, aut emere prædia fructuosa, ex quorum fructibus se alat.

30 Illud enim certum est, in quo conueniunt Doctores, quod quamuis in instrumento dotali, aut alio facto inter viduā, & hæredes mariti circa restitutionem dotis promissa sit vxori, nomine interesse soluto matrimonio, interìm dùm dos nō restituitur, certa quantitas extra casū, quo debeantur prædictæ viduæ alimenta, non posse ipsam obtinere solo instrumento nitentem, sed vt obtineat opus esse, vt articuletur, & probetur interesse damni emergentis, lucrique cessantis: cùm enim sit certum licitè posse peti, & percipi à quacumque interesse lucri cessantis, aut damni emergentis, vltra debitum sortis ad tradita per *gl. in cap. conquestus de vsuris*, si mulier petendo interesse retardatæ restitutionis dotis articulet, & probet, prædictum interesse lucri, vel dāni obtinebit, vt vltrà sortem principalē, & capitale dotis illud ei soluatur non tamen ratione promissionis factæ per maritum, aut eius hæres, quàm ratione probationis ab ipsa factæ; si verò dùm interesse petat ipsa vidua nitatur sola promissione facta in instrumento, & probationem omittat, non audiatur, ceù petens vsuram, sic conueniunt, *Barbosa in d. l. 2. in princ. par. 1. n. 43. vers. pro concordia ff. solut. matr. Afflict. decis. 284. num. 2. & 3. Alex. cons. 61. num. 12. lib. 2. Dec. cons. 119. num. 9. 10. & 11.* cæterique citati *à d. Carl. loco cit. sub n. 37.* & quod possit etiam admitti probatio in contrarium in interesse taxatum per statutum.

31 Ex quo respice in diametro contradictionis doctrinam *D. Præsidentis Merlin. d. cap. 10. sub n. 27.* circa modum taxādi interesse secundum Regionis, & Patriæ vsum, cùm non intelligatur taxatum interesse ipso iure per vsum, & consuetudinem, quotiès probatum non sit quantū in-

intereſt,ex quo non ſunt ſemper æquales ſortes,nec negotiationum,nec fructuum, nec penſionum, & ratione incertitudinis non eſt quis hoc indiuinare valeat,vt ſupra diximus,& infra dicemus.

32 Et in quarto caſu circa intereſſe taxatum inter emptorem, & venditorem interim dùm non ſoluitur prætium rei venditæ, ſimilitèr procedendum eſt cùm diſtinctione,inter res,quę venduntur infructuoſæ, & alias fructuoſas : In primis ſcilicet nullum poſſe cadere intereſſe, alioquin eſſet vſura, ex *Fach.poſt multos contr.iur.lib.2.cap.32.Gasb.Rodr. de ann. redit.lib.3. q.7.ſub num.27.& 28.*

In cæteris verò fructuoſis conatur *D. Carl. dicta diſput.8. ſect. 5.* opiniones Doct. ad concordiam reducere infraſcriptis medijs.

33 Primo vt taxatio certi intereſſe non valeat à principio in contractu venditionis, vt ex ea ſola exigi poſſit certum intereſſe, ſed dependentèr à probatione facienda,ante exactionem,per teſtes,aut inſtrumenta, aut alias veriſimiles coniecturas,per quam probationem illa taxatio iuſtificari debet, alioquin non mandanda exequutioni,niſi ſolùm pro quantitate per probationes liquidas, ac per conſequens taxatio ſubſtinetur, & non reijciatur tanquàm vſuraria,ſi poſtea fiãt probationes veri intereſſe, ſecundum *Dec.d.conſ.141.n.14.& conſ.116.num.9.* quicquid dicat *Rouit. in conſ. 73. lib. 1. num.3.Alex.conſ.31.ſub num.4.& 11.*

34 Secundo,quod taxatio facta à principio non valeat in vim conuentionis, ſed in vim probationis,& confeſsionis,quaſi emptor in hoc contractu taxans intereſſe,& ſe obligans illud ſoluere, confiteatur tanti venditoris intereſſe, quantum in pactum ſit deductum.

35 Tertio, quod iſta taxatio intereſſe inter emptorẽ, & creditorem videatur eſſe quædam tranſactio ſuper valore fructuũ, inſpecto futuro euentu, vt euitetur difficultas probationis, vt *in l.fin. ff. de prat. ſtipul.* ex eo dubio futuri euentus contractus non diiudicabitur vſurarius, *cap. in ciuit. cap.pactig.§.illo quippè de vſur. Dec.in d.cap. cum venerabilis num.65.de except.*

36 Prima conciliatio reſtringitur, vt non poſsit exequutioni de mandari ex ſola per confeſsionem probatæ conuentionis in principio contractus; niſi accedat vlterius vera probatio veri intereſſe venditoris,iuxtà cuius quantitatem aliundè probandam, obligatio contra emptorem erit exequenda non tam proptèr taxationem,quàm propter probationem ſubſequutam, & proindè cenſeri non poteſt liquidum inſtrumentum, in quo promittitur certum intereſſe, niſi priùs per probationem aliam extra inſtrumentum liquidetur,& tali modo erit incolumis ab omni ſuſpictione vſurariæ prauitatis exactor.

37 Cæterum hæ declarationes non placent ex eodem, quod fatetur idem *Dominus Carlenal.ſub nu. 55. verſ.ad fundandam poſſe,*ſcilicet inter emptorem, & venditorem veniere incertũ illud, quod colligendum eſt ex prædio in toto illo temporis ſpatio, & venditorem poſſe illud certo ſtatuto prætio emere, veluti ſi emerit iactum retis, *l. ſi iactum retis 13. ff.de act. empt.* & in hac conuentione nihil eſt illicitum. Item per viam aſſecurationis tot eſſe fructus, rursùs per viam contractus ſponſionis vulgo (*ſcommeſſa*) ſuper quantitate fructuum percipiendorum, qui cõtractus omnes liciti ſunt per quotas ab ipſo inibi, & per viã locationis, quæ non minùs fieri poteſt emptori, quàm extraneo: cùm & valeat venditio fructuum,& vẽditio,& locatio ſunt ſymbola,vt ſuo dicemus loco, & probauit *Mangil de euict.q.148.n.40.*& conſequẽ-

38 tèr: cùm hæc taxatio intereſſe poſsit iuſtificari ab vnoquoque ex ſuprapoſitis contractibus, prout ſic intelligi debeat in dubio ad excludendum delictũ *Alex. conſ.188.vol.3.lib.7.Crauetta cõſ.8. n.18. Menoch.de arbitr.quaeſt.89. vol.3. lib.7.& Thoro compend.deciſ.Regni par.3.ſelect.2. in verbo minatoria verba,* & maximè ac-

39 cedente iuramento, & quarantigia in inſtrumento, prout in hoc Regno, quæ faciunt,vt actus valeat eo modo,vt valere poſsit,cùm non peccetur in cauſa efficienti, quando adeſt cauſa, quæ colorat contractum, ad ea quæ tradit *Bart. in l. ſtipulatio prima,§.ſi quis ità ſub n.9.& 10. col.2.ff.de verb.obligat,* inibique communitèr Doct.& proindè ſubſequitur falſa opinio

opinio aduersus dictam liquidam confessionem, nisi constaret Iudici de aliquo fumo maximi excessus interesse taxat; & conuenti, ratione fructuum fundi venditi fructiferi: cùm certiùs, & longiùs damnum erit in litigando, quàm in procedendo ad interesse conuentum habẽs causam iustificantem, à qua taxari, & conueniri poterat à principio, vt adnotauit *D. Reg. de Ponte d. decis. 34. in fine*, & in dubio præsumitur fieri, quod de iure potest procedere secundum *Bald. in l. Gallus, §. quid si m rectè sub n. 1. ff. de lib. & posth. D. Reg. Rouit. super pragm. 1. de vsur. sub n. 41.* vbi affert sic decisum in S.R.C.

40 Sexto loco deuenit *D. Carleual* ad periculosam illam non minùs, quàm intricatam inspectionem circa interesse taxatum in contractu mutui, quod accipi vltra sortem contendunt Doctores, aut ratione pœnæ, aut ratione interesse.

41 Ratione pœnæ ex triplici capite, aut ratione pœnæ legalis, aut iudicialis, aut conuentionalis: in pęna cõuentionali, in qua est noster sermo, rursùs dubitauere Doctores, & pertractant cum distinctione, quod aut loquimur in foro interno, vel in foro externo, quod attinet ad legem internam fatentur Theologi, & Sũmistę ea elargiri posse nõ in vim interesse taxati, sed in vim pœnæ adiectæ contractui mutui, quæ erit causa vrgendi debitorem, metu illius ad obseruationem contractus, Syluester in sua summa in verbo *vsura el primo num. 28. Medina de reb. per vsuram acquisitis quæst. 3. circa finem, §. quarta causa, Sot. de iustit. & iure lib. 6. quæst. 1. art. 3. Nauarrus in manuali cap. 17. num. 215.* cũ cõcordantibus apud *Carl. loco cit. sub num. 73.*

42 In foro vero externo communis est Doctorum sententia, pœnam appositam mutuo, seù dationis quantitatis censeri appositam in fraudem vsurarum, & neq; posse peti, nec exigi, vt longissima Doctorum remissione testatur idem *Carl. loco cit. sub num. 14.* aduertens *sub num. 75.* disparitatis rationem, quia in foro externo lex fundatur in præsumptione vsurarum, quare in datione quantitatis reprobatur adiectio pœnæ, lex verò, quę fundatur in præsumptione non obligat in foro conscientiæ, in quo sola veritas attenditur *cap. tua nos de sponsalib. Panorm. in cap. 1. num. 10. ibique per Felin. num. 40. de constit. Couar. in cap. cùm esses n. 17. de testam. Menoch. de præsumpt. lib. 1. quæst. 8. & cons. 37. n. 54. lib. 1.*

43 Si verò ratione interesse in mutuo quis stipuletur certam quantitatem, est etiam distinguendum inter forum internum, & externum in foro interno certum est, quod debetur, dummodò quantitas interesse tanta vera sit absque fraude, & palliatione vsurarum, & interesse posse taxari à principio, & exigi tuta conscientia, dũmodò intercedant conditiones, de quibus apud *Filiucciũ quæst. moral. tomo 2. tract. 34. par. 2. cap. 4. n. 80. de Molina de reb. per vsur. acq. q. 3. §. nec obstat, quod mutuans, & §. conditiones igitur, Lexium de iustit. & iure lib. 2. cap. 20. num. 73 & 84. Salas de contract. tract. de vsur. dub. 20. num. 7. §. quarto* potest toto illo dubio *ex num. 1. Sal. 22. tomo 2. q. 78. num. 2. contr. 8. & num. 14. de conditione damni emergentis, & contr. 9 sub num. 26. de lucro cessante eiusque conditione*, quia sufficit probatio veritatis in hoc foro secundum conscientiam, vt supra diximus.

44 In foro vero externo est tota difficultas: nàm aliqui negant posse taxari, & constitui certum interesse. in mutuo à principio, adeo vt stipulatio certæ quãtitatis à principio hoc in casu, etiam ratione interesse nõ valeat, sed cẽsetur esse vsura palliata sub nomine interesse, neq; aliquem habet effectum, aut ex ea agi potest, nisi aliunde constet, & probetur legitimis probationibus, interesse, & quãti interest, ità sentiunt *Doct. ad num. 51. in locis citati per D. Carl. vbi sup. sub num. 79.* mouentur.

45 Primo, quia cùm contractus sit de interesse, nulla potest haberi certitudo tãquam dependens à facto futuro, quod multis accidentibus impediri potest, ergo non potest in principio taxari quasi diuinatio, & proindè indiget probatione, per quam reddetur certum, quod interfit, & quanti interfit, accedentibus cõditionibus, quas requirunt Doctores, vt interesse debeatur, quæ non videntur inesse per solum contractum, nempè ad obtinendũ interesse lucri cessantis, quod

Digitized by Google

creditor sit solitus negotiari *ad text. cùm gl. in l. non vtique, §. vlt. verf. in hanc arbitrariam, ff. de eo, quod certo loco*, vbi *Paulus num.* 3. quibus cessantibus frustratoria reddderetur taxatio certi interesse à principio, imò censeretur vsuraria, præsertim, quia intereſse non poteſt ſemper eſse vniforme ob accidentia, quæ obueniunt in vno, quàm in alio anno.

46 Secundo, quoniam taxatio intereſse si probationis necessitas remouetur, non differt nisi nomine ab vſura, ac consequens lex naturalis, quæ vſuras improbat cùm lege canonica, & ciuili eſset imposita verbis, & non rebus contrà *text. in l. 2. §. vlt. in fine, C. comm. de legat.* & proindè nulla data exceptione perſonarum, ſemper debet probari ſua intereſſe, & quanti interſit, & in hac materia nulla præſtāda fides declarationibus, aut confeſſionibus contrahentium quantumcumque integræ fidei, veluti in cauſa ſuſpecta, *l. qui testamentum 27. ff. de probat.*

47 Tertio, quoniam contractus cenſualis, ità celebratus, vt remaneat debitor obligatus ad reſtituēdum capitale intrà certum tempus, puta vnius, vel duorum annorum, & interim ſoluendas tertias ad rationem ſex, vel ſeptem pro centenario ex omnium ſententia eſt vſurarius reprobatus, & inualidus, igitur cōtractus mutui, quo quis obligatur reſtituere ſortem principalem iuxtà certum tempus, & interim ad rationem ſex, vel ſeptem pro centenario, dùm non ſoluit ſortem principalem, ratione intereſse erit etiam vſurarius, & reprobatus ratione ſymboli, quia inter iſtos contractus diſcrimen ſolùm eſt in nominibus, in ſubſtantia verò ſunt ſymbola.

48 Pro contraria ſententia, quòd imò valeat tale pactum, & taxatio intereſse à principio ſteterūt quamplurimi alij Doctores *ad n.* 20. ſecundum Cathalagum *D. Carl. loco cit. ſub n. 85. verſ. contrarium tamen*, quorum vltimus eſt *Gaitus de credito cap. 2. tit. 7. quæſt. 2. ex num.* 1757. vbi aſſerit, quod ſemper vidit in Regno ſeruatum, fieri contractus mutui cùm taxatione certo intereſse etiam ad conſilium doctiſſimorum Ieſuitarum, qui allegat alios non facientes ad rem, ſecundum *D. Carl. loco cit. ſub num.* 86.

49 Rationem adduxerat, vt talis conuentio intereſse iſtis in temporibus valeat, non quidem in vim conuentionis, vt ex illa agi poſſit tanquàm ex contractu, ſed bene in vim tranſactionis, probationiſq; veluti de incerto intereſſe, per hanc taxationem tranſactum ſit inter partes, reducendo ad certam quantitatem, & confitendo intereſse ad eam aſcendere quātitatem, vt euitetur difficultas probationis iuxtà *text. in l. vlt. ff. de prat. ſtipulat.* & ab hac conuentione reſultare, vt per inſtrumentum conſtet de intereſse creditoris, & illa vlla alia facta probatione habeat intentionem fundatam, & probatam.

50 Primo ex text. *in l. vlt. ff. de prat. ſtipulat.* vbi Iuriſcōſultus cōſiliū prebet ne fiat ſtipulatio de intereſſe in genere proptèr difficultatem probationis, ſed exprimatur certa quantitas, quod commodius eſſe ait, cùm quaſi conuenit *text. in §. non ſolum vlt. inſtit. de verb. obligat.*

51 Secundo in Ciuitatibus, in quibus eſt præceps occaſio emendi annuos reditus, ſeù introituum, patens eſt creditorum intereſſe, habere pecuniam præ manibus, cùm eā poſſint collocare in emptionem annuorum redituum, eſt etiàm notorium, quanti interſit, quia quantitas taxata pro annuis reditibus ad rationem ſeptem, vel octo pro centenario eſt iuſta, & veriſimilis, eſt rurſus taxatio certi intereſſe, quod ex pecunia veriſimilitèr, & ſecundum morem regionis percipi ſolet, ex quo fit, vt tanquàm in notorio facti permanentis, non opus ſit alia probatione.

52 Tertio quia intereſſe probari poteſt per coniecturas probabilitèr veriſimiles *Bart. in l. vnica num. 33. in fine C. de ſent. quæ pro eo, quod intereſt Maſcard. de probat. concl. 930. num. 2. & concl. 934. nu. 20. & 21.* ergo vbi adſunt coniecturæ tā probabiles, quàm lucrorum veriſimiliū, & communium, quæ percipiuntur ex pecunia conuerſa in emptionem annuorū introituum, quæ à quouis etiàm percipi poſſunt, habebit Iudex limpidiſſimā prò probationem, ex notorio intereſſe lucri, quoniàm à cōmunitèr accidētibus ſumitur probatio concludens hac in re *Surd. deciſ. 259. num. 8. Maſtrill. deciſ. 245. num. 18.* Quar-

53 Quarto quoniam, probato interesse in genere sine liquidatione certæ quantitatis, aut vbi verisimilitèr constat de illo, etiàm si non constet de quantitate illius; Iudex potest illud ex suo taxare officio *Bart. in d.l. vnica num.33. Congr. num.53., & 54. Grat. discept. for. cap.258. num.44. Surd. consf.327. num. 54. & 55. & de aliment. tit.1. quæst.45. num.46. & 47. Scaccia de commercio* §. 1. *quæst.7. parte 2. ampl. 8. num.*234. & 241. Atqui in Ciuitatibus, in quibus frequentatur occasio emptionis annuorum redituum planè constat de interesse creditoris in habendis præ manibus pecunijs, vt possit eas implicare in re fructuosa, igitur Iudex sine altiore indagatione, poterit condemnare ad interesse taxatum arbitrio suo, nè dùm si intèr partes de certo interesse moderato verisimili, & consueto conuenisset à principio.

54 Sententia isthæc vltima videtur esse valdè periculosa, & introductrix multa incommoda, & diabolica laquea ad alluciandos vsurarios, eorumque occultandas, palliandasque vsuras sub honesto nominum velamine, & proindè valeat prima opinio ceù magis canonizata authoritate, & ratione, & in conscientia tutior, magisque recepta in Tribunalibus, eaque magis eligenda *cap. Ioannis de sponsalibus, & matr. cap. significat.* §. *quod si discern. de homicid. cap. consil. de obseru. Ieiun.*, & proindè secundum *D. Carl. loco cit. sub num.* 95. statuenda est sexta conclusio in mutuo, nullatenus valere pactum adiectum de certo interesse à Principio, vt possit executioni demandari in vim conuentionis, neque in vim transactionis, confessionis, aut probationis: verum vt quis possit obtinere interesse in mutuo, debet probare, quod sua intersit, & quanti sua saltim verisimilitèr, & probabilitèr, sine qua probatione Iudex haud potest condemnare debitorem ad soluendum interesse, etiā stante instrumento, in quo continetur taxatio interesse à principio: quoniàm in materia prohibita, odiosa, & suspecta, & vbi legibus aliquid statuentibus potest fieri fraus, qualis est casus vsurarum, non statur confessionibus, & assertionibus partium etiàm iuratis secundum innumeros, quos adduxit *D. Carl. loco cit. sub num. 96.*, essetque potius color quæsitus ad palliandas, & exercendas vsuras eademque facilitate introductas, qua extorquentur vsuræ *Felic. de societ. d. cap.24. sub num.70.*

Nec occasio præceps in Ciuitatibus emptionis, & venditionis annuorum

55 redituum est certa regula taxandi interesse cuiuscumque in prædicta Ciuitate habitantis, vt aduertit singularitèr *Gasbar. Rodriquez de annuis reditibus lib. 3. quæst.8. num.20.* circa finem, vbi omnino damnat hanc praxim taxandi interesse, tanquam periculosam, quia non omnes Ciues in istis Ciuitatibus sunt mercatores, & libentèr collocare soleant suas pecunias in annuis reditibus: igitur manifestissimus est error iudicare interesse creditoris pecuniam mutuantis, qui nunquam dùm vixit, aut emere voluit annuum reditum ascendere ad quantitatem annui reditus, nec semper interesse consistit in lucro cessante, sepissimè verò in damno emergenti, ergo generalis censeri non debet.

56 Et ad contraria respondetur, nàm text. *in d. l. vltima ff. de præt. stipul. &* §. *vlt. instit. de verb. oblig.* loquuntur de pæna, aut interesse taxato in stipulationibus facti, in quibus nullus est metus, nèc aliqua suspitio vsurariæ prauitatis, & sic intelligendi Doctores contrariam sententiam sequentes, & intelligenda de iure antiquo, iuxtà quod valebat stipulatio de legitimis vsuris, hoc in nostro tempore, ex quo prorsùs vsuræ sunt sublatæ, cessat omninò, quotiès liquidè non probetur de vero interesse, & quomodo sit articulandum, & probandum interesse, videre poteris apud *Mascard. de probat. consil: 934. Marcell. Calà de modo articul.* §. 2. *gl. vlt. num. 164. ad num. 168. & 224. Peguera decis. 32. & num. 22., & decis.33. Castill. decis.133. ex num. 11. lib. 2.*

57 Item respondetur secundo loco, vanā esse præsumptionem illam, reddi notorium interesse ex frequentia illa venditionum annuorum introituum, quasi omnes sic in dubio negotiassent, & proindè nunquàm posse inueniri peccatum vsurarum, accedente hac præcipite occasione,

ne, adeo quod valeat argumentum, interesse lucri, & damni licitus est contractus, atqui omnis mutuans habet interesse secundum omnem Ciuitatẽ, ergo nullus, qui mutuum dat cùm interesse est vsurarius, sicque talis color omnes vsuras fugauit, argumentum sanè à Theut Dæmone argutè inuentum, non minùs quàm alearum vsum, & seminatum in his regionibus, iuxtà sententiam *Nicolai V. in extrauag. sollicit. in prima parte de censib. inserta*, vt authumat *D. Carl. loco cit. sub num.* 101. qui nescit, an responderit effectus: cùm sola frequentia censuum nullatenus hoc probari possit, nõ enim reddere potest notorium damnum emergẽs creditoris: cùm nesciatur fons, à quo scaturiat: cùm non commensuratur reditibus cẽsuum, nec etiam ex illa inferri potest lucrum cessans, quia implicatio solita pecuniæ est materia remota: cùm vbi sunt negotiationes, emptiones, & commercia, pecunia accedente, industria apta est, vt possit collocari, & implicari aut emptionibus, aut cambijs, aut mercimonijs, & consequutiuè orietur lucrum. Cæterùm hæc potentia remota non sufficit, vt ab ea censeatur probatum, aut esse notorium interesse lucri cessãtis, quod non discordatur inter Doctores secundũ *Castill. decis. 123. num. 11. Cardin. Thol. in tract. in instruct. Sacerd. lib. 5. cap. 33. n. 1. vers. tertia est*, sed non per hoc isti creditori particulari debetur interesse, quãdo non constat, illum pecuniam suam implicaturum fuisse, aut solitum esse implicare in negotiationem, & in talem negotiationem, quo fit, vt incertum sit, an intersit, & quantum intersit, quemadmodũ cùm pecunia ex illa sua remota potentia apta sit implicari reditibus, mercimonijs, & cambijs, & hoc in omni ferè mũdi parte, nullam ex istis lucris poterit attribui creditori, dùm non constat quibus rebus pecuniam suam implicaturus fuisset: ex quo omnia prædicta lucra diuersa sunt, diuersoque modo tractando, propterea probandum omninò est, creditorem esse mercatorem, vel solitum negotiari, aut certo destinasse collocare pecuniam in rem fructiferam annuorum redituum, vel prædiorum, quorum emendorum occasionẽ habuerit, eumq; perdiderit ob carentiam mutuatæ, vel aliàs debitæ pecuniæ, nec valet argumẽtum, est mercator, ergo certo lucraturus: cùm experientia doceat, vt plurimum foro cedant ceù falliti, & decocti, ideò deberet etiam probari, quod similes mercatores, prout est, qui lucrum petit ob pecuniam creditam, lucrari communitèr consueuerunt decem, vel octo pro centenario singulis annis, secundum *Afflict. decis. 20. n. 2. & decis. 289. num. 2. de Franch. decis. 21. n. 6. & 120. n. 11.* à quorum norma, in hac materia, ceù virorum doctissimorum, & expertorum non esse recedendum monet *D. Carl. loco cit.* & bonus *Presbiter de Luca ad Franch. obseruat.* 21. cùm aliàs dare interesse ex omni debito, sine consideratione requisitorum, vt interesse possit taxari creditori rectè, & sine scrupulo, vt iam nullum sit negotium iu hoc Regno, in quo possit tàm tuta collocari pecunia, quàm in emenda lite, in qua tanto plus interesse crescit, quanto minùs ab actore lis sollicitatur, vel tardiùs à Iudice expeditur, siuè iustè se defendat reus, qui non debet ius suum temere indefensum relinquere *l. illud, ff. de petit. hæredit.* neque potest censeri esse in mora, dum habuit iustam causam litigandi, *l. sciẽdum, l. siquis solutioni in princ. ff. de vsur.* siuè calumniosè litiget, nulla facta casuum distinctione, neque attento personarum discrimine, indifferentèr fiũt condemnationes ad interesse præstandũ, quo nihil potest esse iniquiùs, magisque Reipublicæ damnosiùs, tanquam præcipuè causa litium excitandarum, augendarum, & differendarum, prout exclamat idem *D. Carl. loco cit. d. n. 103. in fine*, & sic cùm omnibus sit sors æqualis, æqualitèr similitèr, & vniformitèr debet taxari interesse lucri cessantis, secundùm *Vrsill. ad Afflict. decis. 291. n. 6.* quem sequitur *D. Theod. d. allegat. 40. sub num. 36.* dicens à capitali ducatorum centum infra nullum solere S.R.C. taxare interesse, quia ferè nunquam fiunt emptiones tàm modicæ quantitatis, quod non placet, vbi assiduæ fiunt emptiones pro illa, vel minori summa: cùm eadem ratio sit de parte ad partem, quàm de toto ad totum *Polyd. Ripa obseruat. 3.*

58 Hinc est, quod si mutuãs receperit per

plures

plures annos solutiones sub velamine tertiarum, non per hoc præiudicantur petere suam, non posse sortem tanquam transfusam ad contractum annui reditus, quia ad constituendum annuum reditum debent concurrere requisita per *Bullam Papæ Nicolai in hoc Regno*, ex quo absque relatione rei certæ, super qua constituendus est census, is fieri non potest *Baccarius de censib.par.2.n.*82.nec velamen tertiarum potest immutare mutui substantiam, nec debitor ex illa annua præstatione potest in futurum cogi ad soluendum *Mastrill. ad Petr.de Gregor. de censib. q.* 5. *n.* 67. *Petrus Salazar de vsur. cap.*10.*num.*49. nisi concurrant requisita relata per *Petrum Follertum in praxi de censib.in verbo huiusmodi censualia n.* 82. *Intrigliola super d. bulla q.*37.*n.*7. quibus accedentibus potest, benè mutuum symbolizari cùm annuo censu, vt notat *D. Rouit.super pragm.*1.*de censib.in vers. in mutuo elapsa dilatione in fine fol.meo* 110.

59 Et è contrà in casu quo contingerit, contractũ censualem rescindi, adijciatur pactum, vt solueretur interesse ad eandẽ rationem, tùnc enim poterit Iudex arbitrari, vt non obstante dicta rescissione, soluatur interesse creditori, paulominùs, prout importabant dictæ tertiæ iuxtà praxim, de qua apud *D.Carlcual. loco cit. sub num.*104.*in vers.neque verò negamus*, & apud *D.Theod.d.alleg.*40.*sub num.*34.

60 Ad tertium, & quartum argumentum adducta, pro contraria sententia respõdet dictus *D. Carl. loco cit. sub num.* 105. *&* 106.ipsum scilicet nõ negare ad probandum interesse, posse scilicèt admitti coniecturas verisimiles, & cùm constet de interesse in genere, posse illud taxari officio Iudicis, negat bene verum, esse coniecturam lucri cessantis solam frequentiam emptionum annuorũ redituum, aut facultatis cambiorum, aut aliarum mercium emendarum, nisi adiungatur probatio, quod petens interesse sit solitus emere introitus, aut dare ad cambium, aut negotiari, & similes campsores, aut negotiatores lucrabantur, ad aliquam certam rationem, habuitque occasionem, animumque implicandi pecunias, obque illius carentiam admisit tale lucrum. Sic etiã negat ex eo solo constare de interesse in gen re actoris, quod in Ciuitate sit frequentia venditionis annuorùm introituum, nec sufficiet Consilium Iesuitarum secund um Gaitum, quod quidem consilium adhibetur pro foro interno conscientiæ ad relationem consulentis, qui priùs examinare debet, si se ipsum decipiat, vel Iesuitam circumueniat, qui præsup ponit verum esse, quod sibi narratur. Nos enim tractamus de foro externo, & Iudiciali, in quo non statur confessioni, aut partium declarationi, sed probationi; quid enim commune habet Confessarius cùm Iudice? quando primus debet decernere secundum Conscientiam; secundus verò secundũ allegata, & probata? conferunt quæ satis doctè in terminis considerauit *D. Hodierna contr. for.cap.*28. *num.*30. *vers. requiritur igitur*.

61 Ex quibus omnibus collige Primo pænam non deberi, nisi quatenus concurrat cùm interesse.

Collige secundo, interesse non posse taxari à Principio in casibus, in quibus obstat iniquitas vsuræ, quicquid decisum per *S.R.C. testatur D. Hod. contr.for. cap.* 17. *in fine christiane* ab ipso impugnatum, & *Ant.de Amato var. resolut.lib.* 1.*resolut.*27. *num.*26.

Collige tertio, non esse standum cõfessioni partium in materia odiosa, & suspecta prout est vsuraria prauitas.

Collige Quarto non esse credendum assertioni siuè declarationi Creditoris etiàm accedentibus iuramento, & pacto, quod intelligè etiàm in interesse taxato in cambio à Principio, & sic habes absolutam quæstionem symbolicam damni emergentis, & lucri cessantis.

Et an & quando interesse alterius interesse, et vsuræ vsurarũ debeãtur, vide eundem *D.Theod.dicta allegat.* 40. *n.* 46. *ad finem*, *& D. Alt. obseruat. ad decis. D. Rouiti obser.*9.*ad num.*6. vbi posuit multas declarationes ad regulam per viam limitationum, et an, et quando debeat fieri exequutio in obligatione ad factũ vide *D. Carl. d.disput.*3. *à num.*27. *vsque ad finem D. Theod. allegat.*33. *&* 34. vbi habebis de mora, et moræ purgatione, vide *Parlad.rer.quot.lib.*2.*cap.*1.

ARCV-

ARGVMENTVM.

Contractus an sit symbolus secundum tempus.

SVMMARIVM.

1 Operatio diuersimodè in tempore an faciat contractum symbolum secundum tempus.
2 Tempus quid secundum Aristotilem.
3 Tempus in quot partes diuiditur.
4 Tempus an contineat in se minus secundum.
5 Tempus quid secundum Diuum Augustinum.
6 Actiones, quæ fiunt in tempore dignoscere possumus, non vero quid sit tempus.
7 Contractus inspicitur secundum tempus.
8 Tempus requiritur ad aliquid maturius agendum.
9 Motus non est tempus sed actio in tempore.
10 Stipulatio ante Kalendas, & in Kalendis Ianuarij est symbola, & num. 12.
11 Testes contradicentes, quando non sunt contrarij.
13 Tempus quando dicatur oppositum fauore promissionis.
14 Promittens soluere ante mensem Iannarij, an possit astringi, non elepso mense Ianuarij.
15 Promittens in mense Ianuarij ad quid teneatur, & cautela.
16 Dictio nihil est symbola quo ad incommodum stipulatoris.
17 Stipulatio ad Kalendas grecas quid importet.
18 Stipulatio an valeat propter nimiam temporis prolixitatem.
19 Greci non habent Kalendas.
20 Promissio ad Kalendas grecas à quo fuit adinuenta.
21 Contumacia quando sit symbola de reo ad actorem.
22 Cautela ne actor incidat in contumaciam.
23 Practica in Regno incusandi contumacias contrà actorem.
24 Terminus citationis an sit symbolus cùm dilatione ad examinari faciendum.
25 Dies adiecta conditioni valida dependens à facto promissoris an sit symbola cùm promissione.
26 Institutio fieri non potest sub conditione ex die, vel ad diem.
27 Testator an possit decedere ex parte testatus, & ex parte intestatus secundum tempus.
28 Conditio, & promissio an sint symbolæ, & num. 29. & 30.
31 Promissio, quæ incipit à præcedenti conditione habēte dilationem temporis, debet habere metam vltimi temporis momenti.
32 Promittens infrà aliquod tempus ędificare insulam, etiam si maior pars temporis sit elapsa, ad eo quod insula ampliùs in residuò temporis ędificari non poterit expectandus est vltimus temporis finis.
33 Promittens si Kalendis Ianuarij non dederit stichum dare decem non poterit conueniri ad decem ante Kalendas, licèt sit certum ampliùs dari stichum non posse fortè peremptum.
34 Statuto dictante, quod banditus si non compareat infrà octo dies, habeatur pro confesso, & conuicto, & certum sit, quod culpa sua non veniet in termino, nihilominus expectandum est vltimum momentum dictorum octo dierum, antè quàm valide possit pro confesso haberi, & conuicto.
39 Rol. à valle in cons. 63. num. 48. & Bursat. in cons. 45. num. 15. lapsus, & num. 36. declarantur num. 37.
38 Conuentio habens conditionem, & dīē debet expectare, vt vterque adimpleatur.
39 Actus legitimi nequè diem, nequè conditionem recipiunt declaratur 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. & 47.
48 Symbola per tempora considerari possunt per pręteritum, pręsens, & futurum. Tem-

49 *Tempus ad exercendum aliquod officium est continuum.*

50 *Officialis etiā legitimè impeditus amittit officium per anni lapsum.*

51 *Tempus est numerorum motus secundū prius, & posterius.*

52 *Causa Study fauorabilis.*

53 *Terminus continuus non est symbolus cùm termino per prius, & per posterius.*

54 *Verba dubia alicuius temporis quid importent.*

55 *Verbum sit, vel erit quid importet.*

56 *Verbum pręsentis temporis indefinitè quid indicat.*

57 *Tempus pręsens quando est symbolum cum primo futuro.*

58 *Tempus apponitur aliquando causa demostrandi, aliquando causa limitandi, aliquando causa differendi, & aliquando causa multiplicandi.*

59 *Tempus appositum ad alleuiandum, quādo dicatur.*

60 *Tempus appositum causa limitandę seù finiendę obligationis quid importet.*

61 *Tempus statim, quid importet, & n.62.*

63 *Stipulatio quando in se contineat dilationem re ipsa.*

64 *Tempus appositum causa differendæ solutionis quid, & num. 65.*

66 *Tempus appositum in ablatiuo, vel accusatiuo casu, an sit symbolum.*

67 *Tempus appositum causa multiplicandę obligationis quid.*

68 *Annua stipulatio quid importet, & 69.*

70 *Legatum quando trasmittitur ad hęredes.*

71 *Dictio per testatorem adiecta legato*, se li possa esigere in fine d'ogn' anno, *quid importet.*

72 *Delegatio quando fiat causa demonstrationis.*

73 *Fructus annui, quando sunt soluendi.*

74 *Casus mixtus an contineatur sub symplicibus.*

75 *Contractus an sit symbolus ratione incertitudinis temporis, exemplum nu.76. & num.77.& 78.*

79 *Contractus an sit symbolus ratione temporis retrotractionis.*

80 *Contractus matrimony cū Maria virgine fuit semper symbolus cum eius virginitate.*

CAP. VIII.

1 DIximus in Primo eap. in fine, con-
tractum symbolum esse actū adæ-
quatum in potentia aptum ad operan-
dum diuersimodè in tempore, merito
succedit in suo genere, vt dispiciamus
quid sibi velit operatio diuersimodè in
tempore, et consequentèr an contractus
sit symbolus secundum tempus.
2 Est principalitèr ante omnia sisten-
dum in cognitione subiecti circa quod
versamur, & propterea sciendum, quod
tempus secundum *Aristotilem 8.Physicor.*
& probat gl. in §. quod si frumentum in
verbe in sua.instit. de rer. diuis., & men-
3 sura motus primi mobilis continua, &
vniformis, diuiditur in præteritum, &
futurum, in annum, mensem, hebdoma-
dam, diem, horam, minutam, & mo-
4 mentum; imo secundum Lucam de pen-
na tempus continet in se minus seculum,
vt per ipsum in *l.monente. C. de dilet. lib.*
10.c.l.2. allegat *auth. hac constit. in noua*
constit. post principium collect.7.
5 Cæterùm secundum *Diuum Augustinū*
Confess. lib. 9. patet non posse sciri quid
sit tempus, dieit ipse, *Confiteor tibi Domi-*
ne ignorare me adhuc quid sit tempus, &
rursus confiteor tibi scire me in tempore
ista dicere, & dici iam me loqui de tempore,
neque idipsum dici non esse nisi motum
temporis, quomodo igitur hac scio, quando
quid sit tempus, nescio?
6 Actiones etenim, quæ fiunt in tempo-
re sunt, quas indagamus præteritas,
præsentes, & futuras, vnde secundum
quod diuersimodè fit in tempore adæ-
quata operatio, illa erit in sensu obliga-
tio, quemadmodum ex omnibus nostris
7 actibus ad aliquid obligemur secundum
substantiam, formam, causam, naturam,
& accidens, vt supra probauimus, nùnc
secundum tempus, quia omnia debent in
suis temporibus conuenire 23. q.4. tem-
8 pore enim indigemus ad aliquid matu-
riùs agendum, *l.cùm hic, §.si Prætor, ff.de*
transact. quod intellige non secundum
quod tempus est, quod semper in eodem
existit statu, & oculis inspici non potest
secundum *Manticam de tacit.lib.3.tit.15.*
n.10. secundum successiuas operationes,
quæ in tempore fiunt, quarum vna ex-

pe dit fieri hodie, & altera craſtina die, & deinceps,non quod hodie,& craſtina die ſunt tempora, ſed etiam operationes ſucceſsiuæ in tempore ſecundum motū
9 illum diffinitum,quod ſit tempus, et verè non eſt tempus,ſed motus,qui in tempore fit. Vnde *Seneca* dicit, quod tempus nihil aliud eſt,quam nudum nomen, ſicuti non quæ nihil eſt,niſi nudum nomen importat *vnus illuſtr. cui lib. 1. cap. 56.ſub num.15.*
10 Et proindè ſi ſtipulor tibi ſoluturum ante Kalendas Ianuarij erit ſymbolum, & ſi ſtipuler in Kalendis, vel intrà Kalēdas Ianuarij *text.in l.ante Kalendas, ff.de verb.obligat.* vt *Bart.notat in princ.*dictionem ante Kalendas,intelligi ſcilicèt,finitam,vt probat *gl. in l.ſtipulationes non diuiduntur §. penult. eod. tit.* Vndè ſi teſtes
11 contradicerent inter ſe, quod vnus dicat ante kalendas,alius die Kalendarum non ſunt contrarij; quia quando dicit teſtis ante Kalendas, intelligitur ſcilicet finitas, & qui dicit die Kalendarum, vel poſt Kalendas intelligitur inceptas, & hoc in caſu dicta dictio ante, eſt incluſiua per *Bart.& Bald.in l.inſulam,§.fructus, ff.ſolut. matr.Oldr.conſ.*49. allegatur *text. in l.anniculus, §.1. ff.de verb.ſign. Bald.in l.ex his, ff.quando dies legat. cedat*, & ſic
12 ad incommodum ſtipulatoris ſtipulatio ante Kalendas, ſed ad commodum rei eſt differentia,quia quando dicit promitto dare ante Kalendas, quandoque vult, poteſt ſoluere ante Kalendas *ad text. in l.ſi ità fuerit, ff. de manum.teſt. in fine*, ratio eſt, quia patet tempus fuiſſe
13 appoſitum fauore rei ſiuè promiſſoris, ſed ſi dictum fuerit, Kalendis non poſſet ſoluere ſimplicitèr ante Kalendas: Vnde ſi promitto tibi ſoluere ante menſem Ianuarij futuri, & iam elapſi ſunt aliqui dies menſis Ianuarij, tamen non per hoc
14 poſſum ego aſtringi ad ſoluendum, niſi elapſo toto menſe Ianuarij, quia intelligitur ante menſem Ianuarij ſcilicet finitum ſecundum *Paulum de Caſtro in d. l. qui ante kalendas*, quem ſequitur *Iaſon* inibi *ſub num.2.*dicens, quod debet eſſe cautus, qui vult menſem Ianuarij non
15 contineri, vt dicat ante menſem Ianuarij incoatum, vt per *Bart.in conſ.* 176. & idcircò ponderandum eſt ſymbolum ſecundum *Bartoli doctrinam, in l. eum, qui ità la ſeconda, ff. de verb. obligat.* vbi ait
16 nihil differre ſtipulari ante Kalendas, & in Kalendis, quia dictio illa, nihil, eſt ſymbola quoad incommodum ſtipulantis, quia neutro caſu poteſt ante petere, reſpectu creditoris verò magna eſt differentia ſecundum *Iaſ. in d. l. qui ante ſub num.2.in fine.*
17 Quid ſi fuerit dictum, vel ſtipulatum *in centeſimis kalendis*, vel *ad kalendas grecas*, an ſit ſymbolum in eo caſu, dic quod non, quia valet ſtipulatio *in centeſimis kalendis, vt in l. centeſimis, ff. de verb.obligat.*quæ ſtipulatio non intelligitur de centeſimis menſibus, & ſic vt ſit ſpatium octo annorum, & quatuor menſium iuxtà *l.angille,C.de furt.* nam in tex-
18 tu prædicto *in d.l. centeſimis*, videbatur eſſe dubium, an valeret ſtipulatio propter nimiam temporis prolixitatem, & ſic congruentius intelligendum eſt tempus centeſimis kalendis, hoc eſt annis centum, intelligendo de centum Kalendis eiuſdem menſis in ſpecie ſecundum
19 *Iaſ.in d.l. centeſimis ſub num.2.* Promittens vero ad kalendas grecas nullam faceret obligationem, quia nunquam eas venturas indubitatum eſt ex carentia Kalendarum, quas greci non habent.
20 Hoc firmatum fuit ab Auguſto Cæſare prouerbium, cùm aliquid nunquam futurum volumus ſignificare, vel aliquos nunquam ſoluturos, quod debent, referimus ad Kalendas grecas, prout declarauit *Sipontinus Antiſtes in Cornucopia ſuper 10.epigr. Martialis.*
21 Pariter circa contractum contumacię quando ſit ſymbola de reo ad actorem, & è contrà:exemplum,citatur quis,quod compareat intra nouem dies, quorum tres aſſignantur pro primo, tres pro ſecundo, & tres pro tertio termino, iuxtà praxim deſumptam *à gl. ordinaria in cap. conſtitut. in verbo pro omnibus de ſent. excomm.in 6.gl.in cap.2.de teſtib.arg.ex gloſ. in l.inter accuſatorem, ff. de public. Iudic. Ang.in l.contumacia,§.1.ff.de re iudic.*ecce quod reus comparuit in primo, vel ſecūdo termino, actor vero non, poſtea in tertio reus non comparuit actor vero ſic, quæritur quis eorum debeat reputari cōtumax actor ſcilicèt, an reus, quia actor

in

Digitized by Google

in primis illis dilationibus non comparuit, sed in tertia, posteà in tertia non comparuerit reus, sed actor.

Prima est opinio, quod solus reus debeat reputari contumax, ex quo non comparuit in vltima dilatione, quemadmodum mora vltima est, quæ notat *l. illud, ff. de pen. & com. rei iudic. l. si seruum, §. fin. ff. eod.* igitur procederetur contrà reum tanquàm contra contumacem, secundum *Alberic. de Rosat. in l. prætor, §. si aliquando, ff. de oper. nou. nunc.* ex quo in iudicijs seruanda est æqualitas, *l. si cùm dies, ff. de arbitr. & l. fin. C. de fruct. & lit. expens.* & quia reus habuit trinas dilationes, fuit sibi licitum non venire, nisi in vltima dilatione, *l. qui hoc anno, ff. de verb. oblig.* igitur, idem actori debet licere si non veniat in primo, & secundo termino, in tertio accesserit termino.

Secunda est opinio in contrarium, quod imò actor, qui non venit in primo, & secundo termino, in quo comparuit reus, efficiatur contumax, & non reus, qui comparuit in prima, & secunda dilatione, & non in tertia, tenet *Bart. Ang. Paul. de Castro, Lud. Roman. in d. l. qui ante kalendas, & Bart. iterum in l. Prætor. §. si aliquando, ff. de oper. nou. nunciat.*

Et non obstat, quod vltima nocet mora, quia per primam comparitionem termini censentur cæteri consumpti, ergo non potest dici citatus in vltima Curia, *l. vir bonus, ff. de Iudic. soluend.* quia in reo, quando non compareret in primo, vel secundo termino, est contumax in eis, quia contrà eum incusantur prima, & secunda contumacia, ergo idem in actore *per gl. in cap. querelam de procurat. & in cap. quoniam contrà in verbo dilationes deprobat.*

22 Cæterùm optima erit cautela, vt facias scribere in actis, quod reus in termino comparuerit, & licentiatus à Iudice discessit, quòd tùnc non debet ampliùs expectare, nisi volens facere gratiã actori, admoneat reo, vt discedat per *d. l.* & post edictum: Vndè ad hoc vt reus non censeatur contumax, non sufficit eum comparere in termino, sed requiritur quod licentiatus discedat, aliàs reputabitur contumax, *cap. si postquam, §. 1. in verbo de Romana Curia accessit*, & ibi *Geminianus de elect. in 6. gl. ordinaria in cap. cupientes, §. quid si per viginti in verbo cõparere eod. tit. & in cap. 1. de Iudic. & in cap. certum ij quæst. 3. & in l. properandum, §. & si quidem, C. de Iudic.* vbi notatur quod non sufficit venire, nisi steterit: cùm paria sint non venire, & negotium indeterminatum relinquere, discedens illicentiatus, quod in Regno in ciuilibus haud practicatur secundum *Muscatell. in sua praxi parte 2. glos. reus sub num. 8. & 9.* sed sufficit incusasse contumacias contrà actorem, & petere non se molestari, actoremue in expensis condemnari. Vndè ex hoc poterit benè applicari decisio *Bartoli in l. qui ante kalendas*, quod si reus citatus comparuerit in primo, & tertio termino, vbi actor comparuerit, tamen reus non dicitur esse contumax, sed benè ipse actor, vt aduertit *Ias. in d. l. qui ante sub num. 6. vers. 4.* fallit *per text. in l. properandum, §. & si quidem in verbo actoris absentiam accusante, C. de Iudic.* & ibi putat *Paulus de Castro per auth. qui semel in verbo postulante, C. quomodo, & quando Iudex, & ad l. ad peremptorium in verbo vt primo quis potest, ff. de Iudic. idem Bart. in l. cõsentaneum circa finem, C. quom. & quando Iudex*, & in *l. si finita, §. insul. vol. 3. ff. de damn. infect. Bald. in l. cùm ità dius ad fin. ff. de adopt. Canonistæ in cap. 1. de Iudic.*

23 (margin, beside "natum relinquere")

24 Hic terminus citatorius est symbolus cùm dilatione ad examinare faciendum testes de longinquo venientes, quibus statuitur terminus dierum quindecim, & si infrà illum terminum velit vna partium facere examinare testes debet alteram citare: non enim potest diuinare, qua die pars velit illud facere, *l. putator, ff. ad l. Æquil. l. si fideiussor, §. si non debitor, ff. mandati cap. vnico, vt eccles. ben.*

25 Et ne discedamus ab institutio, de quo hic videndum est, an dies adiecta conditioni validæ dependenti à facto promissoris sit symbola cùm promissione, vt notatur *in l. in illa stipulatione*, & *in l. hoc iure, ff. de verb. oblig.* cum contrarium fit *in l. si quis hæres ità scriptus, ff. de acq.*

26 *hæred.* institutio enim fieri non potest sub cõditione ex die, vel ad diem, prout fieri potest stipulatio, *l. hæreditas, ff. de hæred. instit.* exemplum, ego instituo Titium vsque ad annum, elapso anno hæc institutio

tutio non valet; Imò sublato initio tem-
27 poris remanet pura, quia sicuti testator
non potest decedere pro parte testatus,
& pro parte intestatus, *l. ius nostrum, ff. de
reg. iur.* secundum patrimonium, sic etiam
secundum tempus arguendo de re ad
tempus, quod est validum secundum
Iasonem in d. l. in illa stipulatione in princ.
quia non potest testator pro parte tem-
poris remanere vacuus testamento, quã-
do in altera parte cupit esse plenus secũ-
dum *Bart. in d. l. hæreditas ex die, ff. de hæ-
red. instit. & gl. in l. extraneum, C. de hæred.
instit.*
28 Quicquid sit de hoc dicendum, quod
quando conditio, & eius implementum
dependet à facto promissoris, & similitèr
promissio, hoc in casu conditio, & pro-
missio sunt symbolæ, vt punctualitèr vo-
luit *Ias. in loco mox allegato*, & ideò ratio-
ne symboli dies adiecta in conditione
29 censetur repetita in promissione, quod
secùs est vbi implementum conditionis
non dependet à facto promissoris, verùm
à facto tertij, tùnc proculdubio dies nõ
intelligitur repetita, & semper quod im-
plementum conditionis pendet à facto
promissoris, siuè credat implemẽtum sti-
pulari, siuè non, & consequentèr siuè sit
30 dandi, siuè faciendi semper intelligitur
repetita in promissione dandorum, *l. quic-
quid astringenda, §. fin. ff. eod.*
31 Propterea ex hoc habes, quod vbi
promissio incipit à præcedenti conditio-
ne habente dilationem temporis, tùnc
omninò importari debet vltimum tem-
poris momentum, adhoc vt possit effe-
ctualitèr agi, licèt sit certum, quod am-
plius possit fieri ante dictam diem quæ
erat in dispositione, quæ erat purificata
*per l. si ità legatum sit Titio, & l. non tale,
§. Meuia, l. si is, §. 1.* vbi *Bart. & Ias. ff. de
condit. & demonstr. l. si eum, §. 1. ff. si quod
caut. Bald. in l. 3. C. si pendente appellat.* Idẽ
32 si quis promiserit intra biennium ali-
quam certo loco ædificare insulam, &
iam sit tàm temporis lapsum, quod certũ
sit ampliùs in termino insulam confici
non posse, nihilominùs expectari debet
vltimi termini momentum, vt possit agi
33 ad interesse, vt est *text. in l. insulam, ff. de
verb. obligat.* & qui promiserit si kalendis
Ianuarij non dederit stichum dare decẽ,
non poterit conueniri ad decem *ante
kalendas* licèt sit certum ampliùs stichum
dari non posse fortè peremptum, vt *in l.
in illa la prima, ff. eod.*
32 Proindè *Bald. in l. 3. C. si pendente ap-
pellat.* affirmat, quod si statutum dispo-
nat, quod Banditus si non compareat in-
frà octo dies habeatur pro confesso, &
conuicto, & certum sit, quod culpa sua
non veniret in termino, nihilominùs ex-
pectandum est vltimum momentum di-
ctorum octo dierum, antequàm validè
possit pro confesso haberi, & conuicto
per gl. in cap. vbi periculum de elect. in 6.
hæc enim pœna trahit secum exequu-
tionem. Ideò requiritur factum consu-
matum verè non interpretatiuè, *Ioann.
Andr. in cap. perpetuo eod. tit.* sequitur *Ias.
in l. in illa sub num.* 3. post eum *Lazarius
Fenusius de Saxalo tract. de momento tem-
poris cap. 23. sub num. 6.*
35 Et ex istis patet grauitèr lapsos fuisse,
*Rol. à Valle in cons. 63. nu. 48. & Bursat. in
cons. 45. num.* 15. quando dixerunt, quod
quando conditio consistit in faciendo
statim censetur deficere, quando tantùm
temporis spatium præterierit, in quo
obligatus poterat factum expedire, &
non expediuit, & ampliùs ob defectum
temporis expedire non poterit allegan-
tes *text. in l. si ità stipulatus, §. cùm ità, ff. de
verb. obligat. Comm. in cons.* 207. *vol.* 4.
Ruin. cons. 131. *num.* 11. *vol.* 1. *Cephal. cons.*
118. *num.* 16.
36 Patet eorum lapsus, quia *text. in d. l. si
ità*, loquitur, quando factum est positum
in conditione, non verò quando dedu-
ctum in stipulatione, & sic loquuntur
Doctores allegati *à Rol.* quo in casu, post
moram succedit obligatio ad interesse,
*l. stipulationes non diuiduntur vers. cels. de
verb. obligat.* & *l. si quis ab alio in fine, ff. de
re iud.* vel quia conditio est adiecta lega-
to, quæ proculdubio impleri debet cùm
primum potest, secundum *Manticam de
tacit. lib. 14. tit. 45. sub num.* 14.
37 Verùm potest vterque saluari, ex quo
forsitan eorum in casibus nullum fuit
definitum tempus ad explendum factũ,
puta si dictum fuerit secundum subiectã
eorum materiam, si assensum non impe-
traueris, nullo designato tempore, scili-
cèt infrà annum, tùnc enim, quia non
debet

Digitized by Google

debet expectari lapſus in infinitum,rectè lapſo aliquo eiuſdem ſpatio, intrà quod commodiſſimè poterat aſſenſus impetrari, & non impetrauit pro deficiẽte habẽdus eſt, ſecundum declarationem arbitrij boni viri,vt *in l.continuus, §.item qui inſulam.ff.eod.tit.de verb.obligat. Iaſ.in d. l.ſi ità ſtipulatus eſſem abs te ſub n.5 & 6.* ſecùs ſi fuerit deſignatum tempus, tùnc dubio procul promiſſio incipit à conditione habente dilationem temporis deſignati, & ideò expectandum eſt vltimum momentum temporis ſingularitèr *Ludou. Roman.ſing.*705.*& ſing.* 758. vbi habes pulchrum caſum de eo, qui vult vende-
38 re interpellato amico, quod procedit etiam in conuentione habente conditionem,& diem, & ſic duplicem dilationem tùnc enim non ſufficit conditionem impleri, ſed requiritur quod dies etiam expectetur,vt probatur *in d.l.in illa,* & notat *Bal.d.in l.ſi eam,* §.1.*ff.ſi quis caſus,* per illum textum, quod ex duobus impedimentis non ſufficit vnum ceſſare, altero remanente probat *Iaſ. in ſæpiùs cit. loco ſub num.*4.

39 Nec obſtat, quod conuentio, quatenùs in ſe contineat ſtipulationem, actus legitimus eſt *l. legitima C. de pact. l.tutelas ff.de capit. diminut. l.1. ff.de legit. tut. l.2. §. hac autem ff. vndè legitimi l. lege obuenire ff.de verb.ſign.§.conſtituta inſtit. de act.* quibus probatur, legitimum illud dici, quod à lege, vel inducitur, vel informatur: atqui actus legitimi neque diem, neque conditionem reſpiciunt *l.actus ff.de reg.iur. & cap.actus eod. tit.* 116. igitur hæc ſtipulatio non poteſt neque diem, neque conditionem habere,ergo non eſt expectãda dilatio vtriuſque, quia qualitates non ſunt in non entibus?

40 Reſpondetur quod regula *d. l. actus* non eſt generalis, vt poſſit intelligi de omnibus actibus legitimis, vt patet ex relatiuo, qui, quod genus præcedens ſemper reſtringit *l.omnes populi.ff. de iuſt. & iure l.cunctos populos C. de ſumma trinit.,& fide cath. l.ea tamèn adiectio ff. de legat.* 3., ſed de illis dumtaxàt, qui effectum purum,& præſentem exigunt, quorum ſubſtantiæ, cùm dies, aut conditio quia dilationem inducunt repugnet, eã
41 non admittunt, veluti emancipatio, acceptilatio, hæreditatis aditio, ſerui optio, datio Tutoris, & ſimiles, de quibus per *dict.text. & gl.in d.l.actus legitimi*, naturæ vero ſtipulationis, nec dies, nec conditio repugnat, neque ab aliqua lege ſub die, vel conditione fieri prohibetur: nulli dubij eſt, quin poſſit fieri ſub die, & conditione,iuxtà *text. in §.omnis ſtipulatio inſtit.eod.tit.,* & ſub eijſdem factis expectandus vtrius implementum.

42 Et conſequentèr, declara Primo ſuprapoſita non habere locum in contractibus, ſiuè actibus, qui celerem requirunt expeditionem, vt in *d. l.actus legitimi inibique per gl., & Doct.,* tùnc enim nec dies, nec conditio expectanda eſt, licet in aliquibus debeat expectari conditio de quibus *per gl. inibi.*

43 Declara ſecundo ſupradicta habere locum in contractibus ſtricti Iuris ſecus in contractibus bonæ fidei, in quibus conſtaret id, quod promiſſum eſt non poſſe adimpleri, ſtatim agi poteſt, vt probat *text.in l.ſi in lege §.ſi domus, vbi Bart. ff. locati*, quam declarationem ſequuntur idem *Bart.Imola, Raph. Cuman. in l.ſtipulationes non diuiduntur §.fin.circa fin. ff. eod.Iaſ. & Alex.in d.l.* in illa ſti-
44 pulatione;quod intellige ratione cauſæ ceſſantis,nempè quando locaui domum ad quinquennium, non poſſum agere niſi elapſo termino, quia opus erit, vt ego dominus patiar vti in fine domo conducta *l. Iulianus §. offerri ff. de act. empt.*, quando ergo receſſit, ceſſat cauſa dilationis, & ſtatim eum poſſum conuenire, vt aduertit *Iaſ. loco cit.num.*4.

45 Declara tertio, quod licet vbi dies eſt adiecta conditioni validæ dependẽti à facto promiſſoris poſſim agere ante diem, ſi conſtet, quod conditio deficeret ante diem, tamen obſtaret exceptio ſi ante diem agatur, vt in *l.cùm ſtipulatus ſit mihi à Proculo ff.eod.*, procedit in pœna conuentionali appoſita ab homine; ſecùs ſi apponeretur à lege, tùnc enim licèt conſtet factum promiſſum ante diem impleri non poſſe, nullo modo admittitur ſtipulatio ad intereſſe ante diem, etiàm mero iure ad *text. cùm gl. in d. l. inſulam intrà biennium ff. eod.*

Bart.

Digitized by Google

Bart. in d. l. cùm stipulatus.

46 Declara quarto, quod vbi dies est adiecta cōditioni inualidæ, siuè necessariæ, statim potest agi non alitèr expectata tali die, ratio est quia sicuti ipsa conditio necessaria non suspendit obligationem, quia censetur pura *l. si pupillus. §. si sub conditione ff. de nouat. & l. cedere diem ff. de verb. obligat.* ità nèc etiàm suspendit tempus in ea tacite subintellectum, vt dicit *gl. in d. l. in illa*, quia si non valet expressum, multo minus valere debet tacitum *l 3. §. qui habet ff. de seruit. rust. præd. Ias. in d. l. in illa sub num. 6.* vbi addit *tex:. notab. in l. si diem §. 1. ff. de condit. & demostrat.*, vbi habetur, quod dies inutilitèr expressa, quæ omnino tacitè inerat, nunquam extenditur ad aliam dispositionem: Vndè quando sub legato dotis adiungitur aliud legatum, licet legatum dotis sit conditionale, dummodò matrimonium sequatur tamèn illud legatum iniunctum potest statim peti, vt consuluit *Ludou. Roman. in cons. 134.*, vel in conditione, si digito cœlum attigeris, tanquàm inutilis non intelligitur repetita dies, quod valdè notandum, & menti tenendum monet *Ias. in d. l. in illa sub num. 6.* secus si apponeretur in conditione dependenti à tertio.

47 Declara quinto in conditione, quæ sui natura solo conatu non est contenta, sed effectum desiderat, puta si tali die viceris in colluctatione · nàm si tali die non viceris, conditio pro impleta haberi non potest, tametsi per eum non stetcrit, sed fuerit impeditus ab eo, cùm quo luctatus est *gl. in l. in exequutione §. vlt. ff. eod.* sed si alius illa die noluit luctare conditio habetur pro impleta ad tradita per *Bart. loco cit. sub num. 40. in fine.*

48 Symbola per tempora circà contractus considerari etiàm possunt secundum præsens, præteritum, & futurum.

Primo ecce quòd conceditur facultas prohibito, vt possit exercere artem illam sibi prohibitam per annos tres, incipit exercere prohibitus ad præsens, postmodum dimittit exercitium, vult redire durante termino ad futurū exercitium, an præsens illud tempus, in quo prohibitus incepit exercere artem prohibitam, sit symbolum cùm illo futuro, licèt discontinuo, & interrupto, exemplum Papa concessit priuilegium Monaco, quod possit audire leges ciuiles per triennium, Monacus incipit in primo anno audire leges ciuiles, postea dimisit, vult redire, durante termino, & complere alios duos annos, possit.

Cardo difficultatis in eo verti videtur, quia tempus concessum ad exercen-

49 dum aliquod officium est continuum: Vndè si fuerit inceptum, & postmodùm, accedente aliquo impedimento lapsum, non potest coniungi cùm alio termino, puta disponit *Regia Prag. quod officiales in Regno debeant esse annales, & officialis incipit exercere officium*, & exercuit per menses tres, euenit impedimentum, per quod officialis ille prohibetur, vel impeditur continuare annum, & durante impedimento iàm labitur annus, non

50 potest officialis ille etiàm legitimè impeditus ampliùs continuare suum officium, quia lapsus termini illius continui non potest se iunci cùm alio termino, qui nunquàm dicetur de illo anno, sed alterius anni non spectantis ad incipientem exercere, verùm ad suum successorem, vt punctualitèr voluit *D. Præses de Franch. decis. 419. & decis. 127. Fōtanella de pact. nupt. clausula 4. gl. 10. nu. 102. & post alios eapib. de Baronib. tàm in pragm. 5. de Baron. num. 87. quàm in eadem pragm. cap. 24. in secunda impress. sub nu. 2.*

51 Cæterum prædictis non obstantibus Monacus ille potest redire ad audiendas leges ciuiles, & ad implendum illud triennium à Papa sibi elargitum, quia tempus iungitur, & symbolizatur de præterito ad futurum, tàm ratione temporis, quàm causæ, quia cùm tempus sit numerorum motus secundum priùs, & posteriùs *Bald. in l. cùm antiquioribus col. 5. C. de iure deliberandi, Simon de Pret. interpret. vlt. volunt. lib. 4. cap. de tempore, dicitur analagum Alex. Raud. de analog. & aquiu. cap. 6. sub num. 40.* & consequentèr in fauorabilibus potest sumi per priùs, & posteriùs, vt per *Bart. in l. 1. in fine ff. solut. matr.* & cùm

52 causa studij sit multum fauorabile in puncto determinat *Archid. 16. q. 1. in princ.*

princ.Ioand.Andr.in cap.1. de vita, & honest. cleric. in 6. Lazarius Fenucius in tract.de moment.cap.30. num.10. saluo si Papa in priuilegio adderet verbum cõtinuum, tùnc proculdubio Monacus non posset redire ad studium per interpellationem,prout inclinare videtur Ias. in l.si ità stipulatus essem sub num. 17. ff. de verb. oblig.

53 Et ad contraria respondetur, quod in eo casu agitur de termino continuo nullum habente symbolum cùm tempore per priùs,& posteriùs,cuius per priùs spectat ad vnum, & per posterius spectat ad alium ex ministrantibus, & sic terminus vnius non potest esse terminus alterius in hoc, vt probat Ias. loco cit.

54 Secundo in statuto imponente pœnam aliquam, & loquitur per verbum futuri temporis, vel per verba dubia, quæ possunt esse futuri optatiui,& præ-
55 sentis subiunctiui, vt est verbum sit, & adiungatur participium præteriti temporis, vt quia dicit, vel erit priuatus, vel excõmunicatus,tùnc intelligitur pœna imposita de præsenti ipso iure, & sic futurum symbolizatur cùm præsenti cap. à nobis cl.1 de sent.excom.in 6.& cap.fin. in fine de tempor.ad nu.126.& in cap.quia à nobis de vsuris, quod secùs esset si talia verba coniunguntur cùm participio, tùnc enim notarent improprietatẽ quãdam, pura quia dicitur in statuto, quod habeatur pro commendato, tùm dubio procul non erit commendatus de præsenti, sed de futuro, & debet expectari sententia commendationis, quæ erit de futuro,vt notabilitèr voluit Mathes. sing. 115., et in vltimis voluntatibus confirmat Polyd.Ripa obseruat. 302. num. 1.,& 303.sub num. 3.

56 Tertio,dubium enim est, an verbum præsentis tẽporis indefinitè indicet ipso iure, quando diceretur, irritum est, vt notat gl.in l.in criminali C.de iurisd.omn. iudic. Felinus in cap.Rodulfus num.59.extrà de rescript. quia dicere irritum est nõ semper importat, ipso iure, vt in auth. ex causa vers. & si irritũ est. C.de lib.prat. vel ex hered.& ibi Bart.num.5. & in praced. auth. non licet in princ. Iason verò intendit concordare in l.cum postea quam. n. 5.C.de pact.quando hoc verbum profertur per synonimam repetitionem, vt dicatur irritum, et cassum sit; nam tùnc bene importat, ipso iure, licet orario sit præsentis temporis, vt in l. manifesta in princ. ff. de iur.iurand. secundum gl. 1.in auth. cassa, & irrita. C.de sacros. eccles. notat Baldus in l.non dubium num.3. notabilib., qui loquitur per verbum cassum, et irritum C. de legib. & Felin.in d. cap.Rodulfus num.53. extra de rescript. et quod non requirant aliam post se sententiam,licet sint futuri temporis,nempè cessentur, et irritentur, vide plenissimè apud Tiraq.in repet. l.si vnquam C. de rescind. vendit. vbi declarat hanc materiã in verbo reuertatur, et procedit per infinitas fallentias.

57 Quarto symbolizatur tempus presens cùm primo futuro in contractibus,quando stipulor tibi reddi in Primo mense, intelligitur de Primo futuro cap. non potest §.1.de preb. in 6. l.eum, qui Kalendis ff.de verb. obligat., sed vt hoc apertius intelligatur, sunt aperienda multa tempora, quæ in se diuersificant modum solutionis ratione causæ.

58 Nàm aliquando tempus apponitur causa demostrandi, aliquando causa limitandi, aliquando causa differendi, aliquando causa multiplicandi, et aliquando causa alleuiandę seù moderandæ obligationis.

59 Et Primo quando dicitur,soluatur aliquid quolibet mense, intelligitur appositum ad tolerandam, et alleuiandam obligationem præcedentem, secundum quam tota summa erat soluenda in primo mense,et est casus in l. lecta ff.si cert. petat.

60 Tempus quando apponitur causa limitandæ, seù feriendæ obligationis statim,reportat exequutionem, non expectato illo termino, quia si expectaremus finem illius termini, cùm obligatio,vt sit quoad viueret, & proinde vsquequo moreretur, non posset tùnc agere, nec aliquod reportaret commodum; ideò deciditur,quod statim debeatur, non expectato illo tempore, vt D. Bart. in l. in hoc anno,& d.l.lecta,& sequitur Ias. in d.l. in hoc anno col.2.

61 Planè talis obligatio, & si tanquàm pura,& confestim actionem pariat, vt in

l.eum

Digitized by Google

l.eum,qui §.*fin.l.liber homo,* §.*fin.ff.eod.tit. de verb. obligat. l.cedere diem, ff. de uerb. sign. l.si dies, ff. quando dies cum simil:* tamen nec statim debetur exequi; imò adhùc sub die est,quemadmodum purè, & singularitèr stipuletur fundum dari, aut hominem tradi, confestim agi nō potest, sed aliquod tempus omninò statuendum est non minùs decem dierum, *text. in* §. *fin.instit.de inut.stipulat.*; *l.quid dicimus,ff. de solut.l.promissor.* §.*si sine die,ff.de cōstit. pecun.* ergo purè stipulatione concepta, statim agi non potest.

62 Dicas,quod quoad natiuitatem actionis, hoc est, quo die pecunia peti potest, semper obligatio est pura, & symbola cùm præsenti, vt *per Accurs.in l.mulier,* §. *si hæres,ff.ad Senat.Consult. Trebell.* quod secùs est inter puram, & præsentem conceptionem, *l.talis scriptura, uers.proindè, ff.de legat* 1 *l.hæres meus* 79. *in princ.ff.de condit.& demonstrat.* vbi legatum appellatur purum, si ità relinquatur, hæres meus, cùm moriatur Titius, centum ei dato, & tamen præsens non est, ibi, *Purū legatum est,quia cum conditione,sed mora suspenditur,* quo verò ad moram obligatio suspenditur in exigendo per alicuius temporis spatium, quod quidem tempus indulgendum debeatur, est repositum dubio procul Iudicis arbitrio, *Menoch. de arbitr.casu* 27.*num.*7.

63 Sunt benè verum aliqui casus,in quibus præter Iudicis arbitrium, re ipsa pura stipulatio dilationem reportat, quia tametsi, quoad verborum conceptionem pura sit, tacitè tamen dies, aut conditio inest,verbi gratia,si certo loco dari promissum est,licet enim stipulatio purè fiat, tacitum tempus inest, quo commodè eo loco possit perueniri, latè explicat *Menoch. lib.*1.*de arbitr.casu* 2.*per totū,* quod si locus ille præsenti dies adijciatur, quo illo dies perueniri non possit, inutilis est stipulatio *ex text. in* §*loca etiam instit.de. verb. obligat. & l.* 3. §.*si quis ità, ff. de eo, quod certo loco,* ac etiam ratione personæ,cùm virgini dos promissa sit, quæ nō statim potuit petere, sed aduenientibus annis nubilibus, *Bart. in l.Titio centum,* §.*Titio Genero,ff.de condit. et demonstrat. Dec. in l. in omnibus obligat. ff. de reg. iur* qui alios vlteriùs casus congessit, & proindè licèt confestim agi possit impunè, tamen dilatio ad soluendum arbitretur Iudicis arbitrio, vt elegantèr apud *Piccard. in* §.*omnis stipulatio in fine instit. eod.tit.de verb.obligat.*

64 Sin verò tempus sit appositum causa differendæ solutionis, & tùnc distinguit *Bart.in d.l.qui hoc in anno,* aut tempus est adiectum per accusatiuum, aut per ablatiuum in primo tempore, quando est appositum per accusatiuum, vt in annos, vel post annos,& tùnc intelligitur in fine temporis, *l.si in annos, & l. cùm putabam, ff.de condit.& demonstrat.* In secundo verò tempore, quando apponitur per ablatiuum, & tùnc subdistinguit, quod aut verba sunt relata ad eum, ceù obligatio quæritur, vt accipias in vno anno, vel petas in anno, & tùnc in principio temporis potest peti, *l.si ità fuerit libertas in prin.ff.quib.mod.sest.* aut verba sunt relata ad eum, qui obligatur, vt dabo in anno, aut in hoc anno, & tùnc in fine temporis,vt *in d.l.qui in hoc anno,*& quando dubitatur, & tùnc gratia promissoris videtur apposita dilatio, *l.eum, qui aliàs Iubolemus,ff.de ann.legat.*quam opinionem sequuti sunt *Cyn. & Bald. & qui in anno, & in l.si cui legatur in princ.ff.de legat.*1.

65 Hanc Bartoli, & sequacium distinctionem reprehendit *Bald.in alio loco,* nempè *in l.*1. *C. quando dies legat. cedat:per text. in d.l.nec semel,* §.*nouissimè, ff.eod.* vbi pa-

66 tet nullam dari differentiam, an tempus apponatur in accusatiuo,vel in ablatiuo, & sic an legetur in singulos annos, vel singulis annis,& tametsi *text.* ille loquatur de tempore adiecto causa differendæ obligationis, eandem opinionem consutati sunt,*Imola,Ludou. & Alex. in d. l. qui hoc in anno, & Bened. de Plumbino in d. l. si ità quærit libertas in princ.* & ratio, quā assignant etiam *Ias.loco cit.contrà Bart.*ea est, quia cùm tale tempus sit appositum causa differendæ solutionis, siuè apponatur per accusatiuum,siuè per ablatiuū, semper inspicitur finis temporis,nec obstat *d.l.si ità fuerit libertas,*quia ibi agitur de libertate,vel, & meliùs, in dicto textu inspicitur natura verborum, & hanc veriorem esse opinionem dicit *Alex. in d. l.* 1.*C.quando dies,*vbi allegat *text.in l.*1. §. *si intrà cùm seq.ff.de succes.edict.* & cæteros.

ros *Doct. in d.l. qui hoc in anno*, qui concludunt solum fieri differentiam an in plurali, an in singulari numero ponatur, vt *per Gugl. de Cun. in d.l.lecta*, quod etiã intellige symbolizari non tantum accusatiuum, cùm ablatiuo, sed etiam cùm genitiuo, vt probat *Lazar. Feout. de momento cap.30.sub num.11.*

67 Quando verò tempus est appositum causa multiplicandæ obligationis, siuè in vltimis voluntatibus, siuè in contractibus, inspicitur principium temporis, *l.nec semel in princ. ff. quando dies leg.ced.* Vndè si testator legasset alicui annuos certos legatos, si legatarius decedat intrà annum, legatum transit ad hæredes legatarij illius totius anni, in quo moritur, & si non sit completus quoad cessionem diei totius anni, iuxtà *text.in l.à nobis quoque, ff.de annu. legat.* ibi, *vt vxori meæ præstetis quo ad viuat annuos decẽ aureos*, in quo Modestinus disposuit, quod si vxor superuixerit marito, quinquẽnio, & quatuor mẽsibus debetur integrũ legatũ hæredibus vxoris *totius integri anni nondùm finiti*, vbi *Bart.* dicit sufficere vltimũ annum fuisse inceptum, vt legatum annuum pro illo anno transmittatur ad hęredes, & *text. in l. si ità stipuleris 3. instit. de verb.obligat.* ibi, *& si ità stipuleris decẽ*

68 *annuos aureos*, vbi notat *gl. in verbo annuos*, tali in casu deberi in initio anni, & punctualiùs *text. in l. nec semel*, ibi, *quæ in annuos singulos relinquuntur, hoc probauerunt, vt initio cuiusque anni legati dies cederet*, vbi *gl.* probat, *illud annuum legatum esse*, quod idem debetur quolibet anno, vt per eam inibi in prin-

69 cipio, & in *vers. sed nunquid dies*, vbi sic habes, *sed nunquid dies dicti annui legati cedit semel, an per singulos annos, & in initio cuiusque anni, quibus viuit legatarius, & dicit quod per singulos annos, & in initio cuiusque anni, & non in fine, non solum quoad transmissionem ad hæredem legatary, sed etiam quoad petitionem* hæc glos. *Capyc. decis.203. sub num.4. Bart.in l.general. §. hæredis. ff.de vsufr.legat. Roman.sing.70. Surd.de alim. tit.4.quæst.17.n.9. Piccardus, d. §. & si ità num.9.* secùs, & si purè sit legatum reli-

70 ctum, tùnc enim ad hæredes non transmittitur, & aliquod annuum indefinitè, vt *in l. in singulos, ff. de ann.legat.* & hæc est differentia inter annuam stipulationẽ, & annuum legatum, quia annua stipulatio transit ad hæredes, tanquàm ijs prospectis per stipulatorem, in annuo legato secus, quia hæredibus non est prospectũ per Testatorem, vt elegantèr apud eundem *Piccard.loco mox cit. sub num.* 8. sunt vero symbola quando dies adijcitur vt supra probauimus.

71 Sed quid si Testator adiunxerit, *se li possa esigere in fine d'ogni anno*, respondetur, quod non per hoc alteratur natura legati, quin non sit annuum transmissibile ad hæredes, vt punctualitèr probat *text.in d. l. nec semel in fine*, ibi nisi fortè euidens sit voluntas testatoris in annuas pensiones; Ideò diuidendis quoniam legatario consultum, sed hæredi prospectũ voluit nè vrgeretur ad solutionem, & proindè respectu solutionis dumtaxàt expressa voluntas Testatoris efficit legatum, ne scilicet hæres vrgeatur in principio anni, non verò respectu transmissionis ad hæredem legatarij: cùm annuũ legatum sub die multiplicatum duplex habeat priuilegium separatum, primum vt possit illud exigi in principio anni, & secundum vt transmittatur ad hæredes, vt probatur per *gl.* prædictam, ibi, *non*

72 *solum quoad transmissionem, sed etiam quoad petitionem*: eo magis, quando exactio legati fuit per Testatorem delegata à suo debitore, quia tùnc demonstrationis causa fit delegatio, secundum *Rouit.decis.57. num.7.* & meliùs *in l.liber homo, ff.de verb. obligat.* vbi dies solutio-

73 nis fuit demonstratus, in quo fuit facta promissio, prout quando debentur fructus annui, qui non sunt soluendi in principio cuiuslibet anni, sed tempore quo ij recolliguntur per *text.in l.firmio, §.Pater, ff.quando dies legat. ced.* Propterea si Testator in testamento leget vxori suæ in singulos annos decem stadia frumenti, vel caddos vini ex tali fundo, & decem florenos annuos, in isto casu totum legatum deberet solui tempore recolligendorum fructuum, quia simul legauit Testator, & in vtroque censeretur tempus recolligendorum fructuum, non autem attenderetur quantitas, prout singularitèr decidit *Bart. in l. si legatarius, §. fin.*

I. dele-

de legat. 3. quia tūc sub simplicibus cōti-
74 netur casus mixtus,& an debeatur tēpore vindemiæ, vel tempore messium dubia est quæstio, ex quo cùm iste casus simplex mixtus sit commixtus, & cùm præstatione frumenti,quæ fieri debet tēpore messium, & præstatione vini, quæ debet fieri tempore vindemię,dicēdum, quod deberet fieri solutio pecuniæ pro medietate tēporis præstationis,cùm sub eodem commixto contineatur, & erit æqua solutio,& ad propositum *vide Bart. in d. l.lecta*, quando sumus in casu diuiduæ solutionis, quod est,quando apponitur in exequtione,vt hic.

75 Quinto symbolizatur contractus ratione incertitudinis temporis in exequtione,exemplum poteris excipere *in l.qui quadrigenta* 87.*ff.ad leg.falcid.*vbi si quis habens in bonis quadrigenta, trecenta legauit, deindè sibi fundum dignum cētum aureis sub hac conditione legauit, si legi falcidiæ in testamento suo locus nō esset, quæsitum fuit apud Africanū quid iuris,respondit hanc quæstionem esse insolubilem, quia tractus apud dialecticos, de quo semper concluditur respondenti: nàm quicquid constitueremus, vtrùm esse falsum reperietur, nàm si legatum tibi datum valere dicamus, legis falcidiæ
76 locus erit, ideòque deficiente conditione,non debetur:Rursus,si quia conditio deficiat, legatum valiturum non sit, legi falcidiæ locus non erit. Porrò si locus falcidiæ non erit,existente conditione, legatum tibi debebitur; cùm autem voluntatem Testatoris eam fuisse appareat,vt propter tuum legatum cęterorum legata minui nollet,magis est, vt statuere debeamus tui legati conditionem defecisse, *hęc text.* Igitur hoc legatum ratione incertitudinis temporis, quando debeatur non inuenit modum, vt adimpleatur:nàm statim quod hæres vult sol-
77 uere legatum, fit locus falcidiæ, & ideò legatum incipit non deberi, & è contrà, statim, quod hæres illud soluere obnegat,falcidia locum non habet,si per existentiam conditionis legatum debetur, quia eo ipso momento symbolizatur validitas legati, & falcidiæ existentia, & sic fit puncti quæstio.

78 Cui affine est pactum illud relatum à *Gell. V. Noctium cap.* 10. inter Pitagorā, & Christallū, aliàs Euatheum eius discipulum, qui Pythagoræ centum promiserat dare ea die, qua primam perorarer causam,& vicisset,& quamuis valdè edoctus fuisset a Pythagora,causas non accipiebat,ne solueret illa centum, & videns Pythagora, Christallum diù morantem in suscipiendam causam apud Iudices dicere,credensque se deceptum, egit cōtra eum,& in libello concludit,Christalle,si vicero, necesse habebis mihi soluere propter sententiam, si tu viceris,habebis soluere propter pactum,vel sic, si cōntrà te lis data fuerit,merces mihi ex sententia debebitur, quia ego tùnc vicero, sin verò secundum te iudicatum fuerit,merces mihi ex pacto debebitur,qnia tu causam viceris: & è contrà Christallus respondens dicit, si vicero iàm sum tutus ope sententiæ.Si succumbuero,tuebor ex pacto, propter quæ vtriusque symbola argumenta inuicem se symbolizantia, Iudices causam iniudicatam dimiserunt *Caccial.in tract.de trans.ct. quæst.fin.n.*2. *Neuiz. in sua Sylua nupt.in verbo quomodo iudicandum pro communi opinione sub n.*3. *folio meo* 645.

79 Sexto, & vltimo contractus est symbolus ratione temporis retrotractionis per dictionem,ex nùnc pro tùnc,& è cōtrà, *Bart.ex d.l.* 4. *ff. de condit. & demonstrat.Manica de tacit.d.lib.*14.*tit.*44. *in fine D.Præses de Franch. decis.*213. *Barbatus noster de assistentia,gl.*7. *num.*35. *vers. sed maior insurgit dubitatio,Iul.Cæsar Minad. alleg.*4. *inpressa inter allegationes decisiuas diuersor. post decis. Reg. Salernit. per totam.*

80 In isto omni tempore fuit symbolus contractus matrimonij cùm Deo benedicto,& Maria semper Virgine,cùm eius virginitate:nàm Deus benedictus Pater optimus Maximus semper Virginem Mariam in Sponsam voluit *Bertrarch. in tract. de Episc. pag.*27. *vol.* 1. cùm alijs congestis per *Neuiz. in sua Sylua lib.* 3. *verbo est nubendum in princ.*quia eo tempore, quo fuit Mater fuit Virgo, & eo tempore quo fuit Virgo, & Mater: cùm ab æterno fuit Virgo, & Mater, & talis semper erit in sæcula sæculorum, vide *D. Aug. parte* 9. *super exposit. Euang. ad Ioan.*

Digitized by Google

Ioann.tract.8.cap.2. & *Luc.1. ab initio, & ante sæcula creata sum, & vsque ad futurum sæculum non desinam*, creata Mater, & Virgo, & tanquàm Mater absque peccato originali, ad relationem dignitatis filij, & tanquàm Virgo illibata ad maiorem honorem, et gloriam totius Trinitatis Sanctissimæ.

A R G V M E N T V M.

Contractus an sit symbolus ex conceptione verborum.

S V M M A R I V M.

1 *Contractus fieri potest per verba simplicia, & geminata.*
2 *Analepsim quid*
3 *Perissologia quid.*
4 *Onomotopeia quid.*
5 *Verborum conceptio quomodo fiat.*
6 *Verbum quid sit.*
7 *Intellectus quid.*
8 *Declinabile quid contineat.*
9 *Verba cur adinuenta.*
10 *Rerum substantia non mutatur ex superflua verborum conceptione.*
11 *Promittens bis idem non tenetur ex secunda promissione.*
12 *Stipulatio secunda quando irrita.*
13 *Legatum bis re'ictū pro vnico habetur.*
14 *Sæpiùs loqui, & non sæpiùs legare quando dicatur.*
15 *Negationes geminatæ, quando magis negent, quàm affirment.*
16 *Respondens positionibus per verbum non, non, an affirmare dicatur.*
17 *Negatio quando habeatur pro affirmatiua in rusticis.*
18 *Symbola quando dicantur in eodem tempore prolata.*
19 *Geminatio verborum an sicuti est inutilis in stipulatione, sit etiam inanis in cæteris contractibus.*
20 *Venditio quando, & qualis dicatur valida in reiteratione.*
21 *Venditio an sit vera venditio ante celebrationem instrumenti.*
22 *Instrumentum an, & quando fuerit confidiratum ad futuram rei memoriam.*
23 *Dicens appello, appello, qualitèr appellasse dicatur.*
24 *Iactans plura verba iniuriosa quomodo puniatur.*
25 *Statuto cauente quod pro quolibet verbo iniurioso puniatur quis in decem, an solui debeat pœna decem pro quolibet verbo iniurioso iactato.*
26 *Ex duplici contractu quando, & quomodo agi potest.*
27 *Promittens bis idem in specie, quando, & quomodo debeatur.*
28 *Promissio geminata quando pro vna habenda erit, & num. 29. & 30.*
31 *Stipulatio facta de maiori summa promissionis quando, & quomodo intelligatur facta.*
32 *Stipulatio geminata quando dicatur esse valida.*
33 *Confessiones extraiudiciales an inducant geminatam obligationem.*
34 *Testis deponens de summa maiori, & alius de summa minori, an dicant esse duplicem summam, & num. 35. & 36.*
37 *Summa vna maior, & altera minor concurrentes in eadem causa quot esse dicantur.*
38 *Quantitas vna probata per Testes, altera per scripturam an sint eadem.*
39 *Duæ stipulationes pro eadem causa, quot obligationes inducant.*
40 *Creditor, & debitor non sunt ad impariа iudicandi.*
41 *Cautela, si sint geminatæ confessiones.*
42 *Stipulatio, quæ incipit pati mori per præscriptionem, an sit symbola cum secunda stipulatione, & num. 44. & 45.*
43 *Mora quid sit.*
46 *Pacta in instrumento adiecta quando symbola esse dicantur.*
47 *Prioritas non datur in conceptione verborum plurtes in eadem die, et loco, et coram eisdem testibus facta.*
48 *Testamentum quando dicatur esse primum ex una hora.*
49 *Interpellatio quando dicatur fieri.*
50 *Prior creditor quando dicatur præferri posteriori.*

Digitized by Google

51 *Scriptura ordo quando attendendus.*

52 *Symbolo quando standum.*

53 *Conceptio uerborum quando sit symbola ad alterutram.*

54 *Plura facta in eodem instrumento quandò sint symbola, & num.* 55. 56. 57. 58. *&* 59.

60 *Confessio facta de pluribus rebus sub unica uerborum conceptione non potest pro parte acceptari, & pro parte repudiari.*

61 *Pares nominati sub eadem uerborum conceptione non sunt pares secundum ordinem charitatis.*

62 *Pater, & Filius sub eadem verborum conceptione obligati ad restitutionem dotis debita, tamen si Pater solus gubernat, ipse solus teneretur.*

63 *Maritus, & uxor sub eadem verborum conceptione, aliqua bona alienantes, & se obligantes, quomodo alienare, & se obligare dicantur.*

64 *Mater, & filius sub eadem verborum cõceptione obligati, si mater gubernat ipsa sola tenebitur.*

65 *Res plures sub eadem verborum conceptione vendita vnicam faciunt venditionem.*

66 *Ius congrui non habebit locum in prædijs pinguioribus, relictis exilibus.*

67 *Pretium vnicum in singulas res venditas diuisum, quot venditiones cõcipiat.*

68 *Contractus ex iuris fictione, quando dicantur esse plures.*

69 *Gabella, quando solui debeat de pluribus contractibus, & num.* 80.

CAP. IX.

PRO generalitate symboli contractus ex conceptione verborum, est operæ
1 prætium ante omnia sciendum, quod cõtractus fieri potest per verba simplicia, & geminata. Geminatio verborum vocatur secundum *Alciatum lib.4. de verb.*
2 *sign. num.9. Alcpsim*, & contraria vocatur
3 *Perissologia*, quam nos vocamus inanem verborum inculcationem, adde *Onoma-*
4 *topeiam*, idest nominis fictionem, *rethoribus*, per quam concipitur, ficta disputatio *Doct. in l.1. in princ. ff. de verb. obligat.*

5 Concipitur verbum in animo, tãquàm symbolum cùm nota, iuxtà *Ciceronis sẽtentiam in topicis*, cùm vix sit, vt animi passionem, idest rei intellectum, cuius similitudinem quis animo concipit, vocẽ designat, quia rem ipsam significet, quàm animum concipit, quia eius rei, cuius symbolum, & formam, quis animo compatitur, nullus est, nec intellectus, nec aliqua significatio ex non entis cessante qualitate, *l.1. ff. de hæred. & act. vendit. l.4. ff. de act. empt. & vendit. l. eius qui in prouincia, §.1. si cert. petat.* & è contrà nõ potest verbum rei esse significatiuum, quia actus ille conceptus, per quem rem ipsam intelligimus, explicetur, & proindè ver-
6 bum secũdum *Arist. lib.1. de enunc. cap.1.* dicitur in animo passionum signum, siuè nota, quia intellectus rem concipit, verbum intellectum designat: nàm cùm intellectus sit animæ passio, nisi enim quandam similitudinem rei, quàm quis intelligit in animæ passione aperietur, nullus est intellectus, nàm videndo orbem, vel quadratam figuram, eã mente concipio, & eius mihi similitudo in animæ ratione firmatur, & patitur anima rei intellectæ
7 similitudinem: Vndè fit, vt intellectus, & similitudo, sint rei, & animæ passio, vt probat *Gallin. de verb. sign. lib.1. cap.1. à*
8 *num.11. in fine*, accipiens verbum, seu vox, quæ est apta significare cæteras partes orationis, non vt aliquid declinabile continent sub se dumtaxàt vnam partium orationis, vt *in l.1. & in l. verbo victus, & in l. verbum ampliùs, & in l. verbum exacta pecunia. ff. de verb. obligat.* Sũt
9 enim verba adinuenta ratione humanarum meditationum, & conceptionum explicandarum, humanæque societatis conciliandæ, & humanorum commerciorum ostennendorum causa.

Ad rem igitur deueniendo, quod attinet ad geminationem verborum, videtur dicendum regulariter, nullum maiorem effectum resultare ex repetitis, & geminatis verbis, siuè eorum conceptione repetita, quin fiat ex meris simplicibus per *text. in l. pediculis. §. labeo ff. de*
10 *auro, & arg. leg.* vbi non mutatur rerum substantia ex superflua verborum conceptione, & *l. conuenerit la seconda ff. de pignor. act.*, & notatur *in l. si quis in conscribendo C. de pactis, & l. qui bis idem ff. de verb. obligat.*, vbi in specie habetur,
11 quod bis idem promittens non tenetur

ex

ex ſecunda promiſſione, niſi prima in ef-
fectu ſit inualida: ſtipulationes enim
ſunt adinuentæ, vt quis ſtipuletur quod
12 ſua intereſt *l. ſtipulatio iſta* §. *alteri ff.*
eod. §. *alteri inſtit. de inut. ſtipulat.* igitur
cùm ſecunda ſtipulatio nullam afferat
vtilitatem, per conſequens non valet,
quia nihil intereſt ſtipulatoris. Pro vt
13 ſi Teſtator bis eãdem rem legaſſet, quia
ſecundum legatum eſſet inutile *l. cùm*
quæro. §. *fin. C. de legat. & l. ſi fundum* §. *ſi*
Pater fam. ff. de legat. 1., ratio eſt, quia
14 teſtator tùnc dicetur ſepius loqui, non
ſepius legare per *text. in l. Mœuius* §. *cũ*,
qui ff. de leg. 2. puta ſi vnus inſtituiſſet ſibi
ipſi ſubſtituitur, nihil valet ſubſtitutio,
quæ idem continet, quàm prima inſtitu-
tio *l. ſed, & ſi plures* §. *fin. ff. de vlg. & pu-*
pill.

15 Et licet natura duorum verborum
negantium ſit ſymbola cùm affirmatiua
l. duabus negatiuis ff. de verb. ſign. tamèn
quando ſunt concepta ad maiorem ex-
plicationẽ magis negant, quàm affirmãt,
pro vt in Euangelio, vbi dixit Dominus
noſter Ieſus Chriſtus *ſit ſermo veſter*,
eſt, eſt, non, non, ſecundum *Alciat. in*
d. l. duobus, dictus ſermo continere debet
non inanem locutionem, ſed maiorem
expreſſionem ſimplicitatis, & nudita-
16 tis cordis loquentis. Hinc eſt, quod re-
ſpondens poſitionibus per verbũ, *non, nõ*
non dicitur affirmaſſe, ſed efficaciùs ne-
gaſſe, per ea, quæ notaret *Cynus, & Bald.*
in l. qui ſe Patris C. vnde liberi, & in l.
1. *C. de ſeru. fugit.*, & plerumque hoc in-
17 telligendum apud ſimplices, & idiotas
Soccin. Iun. conſ. 119. *vol.* 1. *ſeq. Lazar. de*
Momento cap. 20. *ſub n.* 41. Maximè quan-
do intendunt loqui *per lui, & lei, ſtà,*
& coſta. Imò apud illos negatio habe-
tur pro affirmatiua, vt cùm dicent *niu-*
no ideſt *alcuno*.

18 Rurſus ſunt ſymbola plura in eodem
tempore prolata, & in eodem tempore
facta, vt patet in *l. illud.* §. *fin. ff. ad leg.*
aquil.

Quæ verborum geminatio ſicuti eſt
inutiſis in ſtipulatione, ſic etiã erit ina-
19 nis in cæteris contractibus, vt proba-
tur in *l. licèt ea obligatio in fine ff. de pro-*
curat. vbi *gl.* notat, quod ſecundum man-
datum continens idem, quod primum
non producit nouam actionem manda-
ti, quia geminatio mandati nil operatur
ſecundum *Bald. in rubr. extra de procurat.*
col. 5. & ſic ſi pluries vendidiſti mihi ean-
dem rem, ſecunda venditio eſt inanis,
& vacua *Bart. in l. iuriſgent.* §. *adeo ff. de*
pact.

20 Et ſi vendidiſti mihi aliquam rem in
præſentia teſtium, & conueniſti mecum,
quod ad omnem meam inſtantiam fiet
inſtrumentum per publicum notarium,
& poſtea additur Notarius, an poſſit fie-
ri inſtrumentum venditionis, non priùs
reiterato contractu emptionis, & vendi-
tionis coram ipſo, & ſecundum regulam
d. l. ſi quis bis idem. videtur dicendum,
quod prima venditio fuerit valida.

Verùm *Paulus de Caſtro in d. l. qui bis*
idem decidit totum contrarium, & te-
21 net ſubſiſtere ſecundam venditionem,
& non primam, ex ea ratione, quia an-
te celebrationem inſtrumenti, prima
eſt quædam pollicitatio, ſiuè pactum
de vendendo, non autem perfecta ven-
ditio, & ſic ante additum Notarium,
potuiſſent Partes pænitere, prout tenuit
etiàm *in l. cùm res C. de probat. & in l. con-*
tractus C. de fide inſtrum. quam deciſio-
nem tanquam bonam probat, & ſequi-
tur *Iaſ. in d. l. qui bis ſub num.* 4. *col.* 1.
hanc probant Dec. conſ. 11. *col.* 2. *verſ. repro-*
batur, & conſ. 158. *Decian. reſponſo* 67. *n.*
17. *& ſeq. lib.* 3. *Burſat. conſ.* 100. *num.* 18.
Maſcard. de probat. concl. 435., *& concl.*
1318. *num.* 6. *&* 7. *Ioan. de Amic. conſ.* 93.
Anellus de Amato conſ. 73. *Afflict. deciſ.*
105. *num.* 4. *Gama deciſ.* 207. *num.* 7. *Card.*
Seraph. deciſ. 854. *num.* 3. 4. *&* 5. *& deciſ.*
613. *p.* 7.

22 Prima opinio poterit ſubſtineri quã-
do concurrerent coniecturæ, contrahen-
tes voluiſſe perficere contractum abſq;
inſtrumento, & additus ad Notarium,
vt conficiat inſtrumentum, fuit conſide-
ratum ad futuram rei memoriam, tùnc
enim cenſeretur perfectus contractus, &
ſi nuſquàm adderetur Notarius, de qui-
bus coniecturis patet apud *Parlad. rer.*
quotid. lib. 2. *cap.* 4. *num.* 48. *Felic. de Cen-*
ſib. cap. 4. *ſub num.* 4. *Laſarte de Gabell. cap.*
3. *num.* 14. *Farinac. deciſ.* 520. *p.* 2. *tomo* 3.
Seraph. deciſ. 854. *Theſ. deciſ.* 197. *num.* 8.
probat nouiſſimè *Antoninus de Amato*

var.

Digitized by Google

var. resolut. parte 1. resolut. §. sub num. 17.

23 Sic etiam si aliquis dixerit appello, appello, non dicitur nisi semel appellasse, notat *gl.* elegantèr *in cap. ab eo extrà de appellat. in 6. & gl. in cap. lotharius 13. q. 2. Felin. in cap. fin. extra de offic. deleg. Lazar. d. cap. 20. sub num. 9.*

24 Et in materia penali, si aliquis eodem sub impetu cõtinuato iactet verba iniuriosa etiàm diuersimode significantia, puniretur eo modo, ac si vnicum verbum iniuriosum iactaret: *l. itèm apud labeonem §. ait Prætor ff. de iniur. vbi Bart. num. 2.* dicit, quod si eadem oratio sæpè repetatur, vna duntaxàt efficitur iniuria, & non plures, pro vt notat *Couar. var. resolut. lib. 2. cap. 10. num. 8. vers. quartum est, Marsil. in l. in rixa num. 20. ff. de sicar. Alberic. in 2. parte statuti quæst. 39. Rebuff. in l. si quando in 1. C. de bon. vacant. lib. 10.*

25 Quid si statuto caueatur, quod pro quolibet verbô iniurioso puniatur quis in decem, an debeat solui pæna decem pro quolibet verbo iniurioso iactato *Bar. in cons. 18.* dicit, quod si plura verba iniuriosa eodem instanti prolata idẽ significantia, vt si quis in alium dicat *tu sei ladro, mariolo, furbo, tagliaborze*, quæ idem in substantia significant, puniri debet iniurians vnica pæna ducatorũ decem, quia tùnc solum verborum multiplicatio esset exprimens eamdem iniuriæ qualitatem per diuersa verba, & non mutat substantiam iniuriæ *arg. d. l. pediculis § labeo*, si verò dixisset, *traditore, ladro, falsario, ruffiano*, & cætera diuersa: tùnc tot decem solui deberent, quot species iniuriarum dictæ fuerint, quia statutum disponens de quolibet verbo iniurioso, sensit hoc disponere, aliàs frustrà statutum exprimeret pænã pro quolibet verbo iniurioso *text. in l. si quando ff. de legat. 3. cap. si Papa extrà de Priuil. in 6.* & in hoc quia diuersa sunt verba prolata, plures & diuersas iniurias significantia, diuersæ sunt orationes, ad notata per *Neuiz. in cons. 72. num. 10.* & sic concludendum, quod geminatio, & repetitio verborum eodem instanti concepta nihil aliud efficit regularitèr, quàm importat symbolizatio.

26 Quam regulam sic supra intellectam declara pluribus, & diuersis modis &.

Primo locum habere quãdo sunt duo contractus eiusdem generis, & formæ, puta duæ stipulationes, duæ venditiones, duo legata, & similia, secùs, si sunt duo contractus diuersorum generum, puta vnus bonæ fidei, altèr stricti Iuris, vt assolet aduenire super cõtractu emptionis, & venditionis, stipulationis, tùnc quilibet contractus stat de per se, & vtroque agi potest *l. duo societatem ff. pro socio. l. 5. §. Conuentionales ff. de verb. oblig.*, & tùnc quia interest à sua plures habere actiones, diuersarum specierum *§. sint itaque instit. de act. l. si filius §. vnus ff. de legat. 2. l. quod in hæredem. §. eligere. ff. de trib. & declarat Mantica de tacit. & amb. lib. 2. tit. 3. sub num. 9.*

27 Secundo declara dictam regulam, vt ea procedat, quando promittitur bis idem in specie, non autem, quando promittitur bis idem in quantitate, puta si promitterentur bis decem, vel bis centum: tùnc videretur, quod vtraque stipulatio valeret, & proindè agi posset ad vtramque quantitatem, nisi aliquibus saltim coniecturis constaret, quod pro eadem quantitate esset facta secunda promissio *arg. l. quinquaginta ff. de probat. Bart. in l. triticum ff. eod. tit. de verb. obligat. & probat. text. in l. stipulatio ista. §. cum, qui ff. e. d.*

28 Præsumptio contra erit, quando eadem causa cùm eadem quantitate concurreret: tametsi post aliquos dies fuerit repetita, vt puta, si promisi tibi decem reddere ex eadem causa mutui simplicitèr, deinde post aliquod tempus ex eadem causa per stipulationem interueniente scriptura, decem reddere promisi tùnc non duæ, sed vnica eadem præsumitur summa *Crauetta cons. 282. in princ. Soccin. cons. 129. num. 10. lib. 4.*

29 Contrarium, quod imò ex illo temporis interuallo summa duplicata in scriptura contenta intelligatur diuersa, voluerunt *Neuiz. cons. 46. nu. 2. Non cons. 4. col. 2. vers. vltimo innatur casus iste in lib. 1. & Iason in cons. 89. col. 1. in fine vol. 3.*

30 Hæc coniectura poterit proculdubio à Iudice cognosci arbitrio suo, considerata qualitate personarum debitoris, & creditoris, breuitate, vel temporis longitu-

gitu-

gitudine inter vtramque promissionem Alberic. in d. l. quinquaginta ff. de probat. Neuiz. d. conf. 69. num. 13. Alex. in l. triticum in fine Menoch. de arbitr. Iudic. lib. 2. cent. 3. casu 213. num. 4. Mascard. de Probat. concl. 1255. sub 4. & 5. vbi duplicatam summam minimè præsumi ait, si simplex aliquis, vel rusticus per duas stipulationes eandem quantitatem pro eadem tamen causa promisisset, idem si numeraui tibi decem, deindè incontinẽti mihi dari decem ex causa mutui a te stipulatus sum: nàm quia ista stipulatio incontinenti facta diceretur pro implemento prioris contractus numerationis, non debet summa duplicata præsumi Alex. in d. l. cùm Titium num. 19. vers. idem cùm prior, & in l. non enim in fine ff. de nouat.

31 Rursus si mutuaui tibi centum, & postea promisisti mihi per stipulationem simplicitèr, idest absque causæ expressione quadraginta, stipulatio intelligitur facta de parte illorum centum, non autem maioris summæ diuersæ pecuniæ, vt per Bart. Ang. Imol. & Cuman. in d. l. triticum Ias. conf. 70. in princ. lib. 1. Ruin. conf. 227. num. 3. lib. 1. Menoch. d. casu 213. num. 9. de mente Baldi in conf. 344. lib. 2. ex ea potissima ratione, quam refert Mascard. loco cit. sub num. 8. & 9. videlicet, quia quantitas deducta in stipulatione, de qua non fuit facta mentio de causa, intelligitur facta ex causa, quæ præcessit intèr contrahentes: Vndè ista relatio quantitatis deductæ in stipulationem ad causam, quæ processit intèr partes inducit idenditatem summæ pro vt probat Iason in d. conf. 30. in princ. & Alex. in d. l. triticum.

32 Tertio declara suprapositam regulã, quando quis stipulatur ab eodem bis, vel pluries eandem rem, secus si stipulatur à diuersis, quia tùnc vtraque stipulatio valida erit l. qui vsumfructum ff. de verb. oblig. l. 3. in principio ff. de duob. reis Ias. in d. l. qui bis idem sub num. 5. ff. eod. quod intellige secundum Menoch. d. casu 213. sub num. 24.

33 Quarto declara dictam regulam eamdem summam, & quantitatem præsumi, licèt duæ adducantur extraiudiciales confessiones eiusdem tamen summæ, & ex eadem causa Bart. in d. l. triticum inibique communitèr Doct. Menoch vbi supra num. 36., ea ratione moti, quia idem esset, ac si de eodem debito quis haberet plures probationes, vt probatur apud Bald. conf. 344. num. 2. Decian. responso 11. nu. 2. vol. 1. Alitèr diudicandum, si essent Iudiciales Cõfessiones: tùnc enim, ex quo oritur cõdemnatio, diudicetur diuersa summa, ex textu in l. vnica C. de Confess. quicquid dicant Ang. Imola, & Cum. probat Menoch. loco cit. sub num. 39. & sequitur Mascard. loco cit. sub num. 11. & an confessio Iudicialis sit symbola cùm extra Iudiciali vide gl. in l. error 7. C. de iur. & fact. ign. & gl. in l. cum testamentum 8. C. eod.

34 Quinto declara, quod eadem summa præsumitur, quando vnus testis de summa maiori deponeret, & alius testis de summa minori, quo casu vna dumtaxàt summa deberetur Dec. conf. 110. num. 4. Gabr. Comm. opin. concl. 2. in fine tit. de testib. Corn. conf. 181. num. 60. vol. 2.

35 Contrarium existimarunt Ioand. Andr. in cap. 1. de arbitr. in 6. Archid. in cap. nihilominus 3. quæst. 9. Bart. & Aug. in l. ex fact. §. itèm quæro ff. de vlg. & pupill. Felin. in cap. licet ex quadam vers. & istud pendet de testib. Doct. in l. 1. §. stipulanti ff. de verb. obligat. ea ratione, quia diuersitas summarum inducit præsumptionem diuersitatis actus d. l. quadraginta ff. de probat. l. cui centum secundum Bald. ff. de adim. legat.

36 Concorda hanc opinionem, distinguendo, primam scilicet procedere, quãdo constat, quod testes de eadem numeratione deponerent, secùs si non constaret, tùnc haberet secunda opinio locum, & probaretur maior summa per text. in l. semproniam Proculo ff. de legat. 2. est de Mente Alex. in d. §. si stipulanti num. 11. vbi tenet, quod si constet, testes de eadem numeratione deponere, probarent de minori summa, per argumentum currens de instrumento ad testes cap. cùm Ioand. de fide instrum., sed si sint duo instrumenta eodem tempore confecta de eodem actu, & in vno continetur maior summa, quàm in alio, dicuntur ambo instrumenta concordari in minori summa, & hic est casus decisus

à Me-

Digitized by Google

à Menochio relatus loco cit. sub num. 40.

37 Declara sexto, quando maior summa, & minor concordant intèr se in causa, vt si centum primo promisi ex causa mutui, secundo quinquaginta ex eadem causa mutui, tùnc duplex erit dubio procul obligatio, prout communitèr voluerunt *Doct. probat Menoch. loco cit. & sequitur Mascard. d. concl.* 1255. *num.* 20. *alios quamplurimos inibi adducens.*

38 Declara septimo, vt eadem summa tùnc censeatur symbola: cùm vna quantitas per scripturam, altera per testes probetur, vt puta, si mihi centum à Sempronio deberentur, quorum quinquaginta recepi, & de illis apocam scripsi, & euenit, quod coram quibusdam confessum fuerit quinquaginta à Sépronio me recepisse, & iste debitor producat illam scripturam, in qua continetur, quod mihi quinquaginta soluit, & producat depositionem testium, qui deponunt, quod confessus fui, me recepisse à dicto debitore quinquaginta: nàm tùnc vnadumtaxàt quantitas pecuniarum soluta præsumitur, non autem duæ, & confessio illa probata per testes non erit noua dispositio, sed probatio *l. publia in fin. ff. depos.* & sic erit symbola probatio facta per scripturam, & per testes, prout decisum tradit *Afflict. decis.* 198. *ac probauerunt Menoch. loco cit. num.* 41. *& Mascard. sub num.* 19.

Declara octauo, quantitatem esse duplicatam, inspecta qualitate primæ, & secundæ obligationis, vt puta si prima sit pura, secunda verò obligatio sub conditione: nàm tùnc licet eamdem ambæ cõtineant summam, & causam, tamen diuersa qualitas efficit, vt summa credatur duplicata, *Bald. in repet. l. edita, col. vlt. vers. & ideò dubitari solet, C. de edendo*, ex pluribus rationibus probat *Felin in cap. cùm Ioann. num.* 8. *de fide instrum. Ruin. cons.* 31. *num.* 4. *lib.* 4. *Ias. d. l. qui bis idem sub num.* 11. *Mascard. loco cit. sub num.* 28. *Menoch. vbi supra num.* 26.

39 Declara nono diuersam quantitatem esse, cùm duæ stipulationes etiam pro eadem causa factæ sint, secundum *Bart. in d. l. triticum num.* 5. *Alex. num.* 6. *Ias. num.* 9. *caeterique Doctores in locis relati post Menoch. & per Mascard. d. cõcl.* 1255. *sub n.* 29. adde *Ruin. cons.* 176. *num.* 2. *lib.* 2. *Mantic. de tacit. lib.* 2. *tit.* 3. *sub. n.* 10. quod tu intellige secundum primam declaratione desuper positam: cùm nihil referat validitas, vel inualiditas primæ, vel secundæ stipulationis, quando ex superfluitate actuum vna stipulationum remanet vacua, & cassa, & similitèr superfluę, ex quo duorum ad idem suffragantium, quorum vnum sufficit, alterum superfluum existimatur, *glos. in l.* 1. *§. vnigenitum, C. de summa Trinit. & Fide Cath.*

Decimo, & vltimo declara, omnia suprapo sita quemadmodùm vendicant sibi locum quoad creditoris petentis personam, sic etiam quoad debitorem, qui ob geminatam quietationem contendit se bis soluisse, & ideò vult vnam summam repetere, quia hoc in casu, eadem debet esse ratio, & disciplina, prout in
40 relatis iam declarationibus, cùm reus, & actor, non debeant ad imparia iudicari, vt probauimus supra in *cap.* 4. *in fine vers. & tametsi.*

41 Cautela erit ad euitandam hanc prolixitatem, vt dicatur, & adijciatur in cõtractu, quod omnis alia promissio, siuè solutio respectiuè computetur in ista, velut omnes aliæ solutiones, confessiones, & scripturæ intelligantur ruptæ, irritæ, & cassæ, & non intelligantur plures promissiones, vel solutiones respectiuè, sed vnica, & non duplicata promissio, vel solutio, & similes cautelæ, *Bart. in d. l. triticum num.* 3. *& post alios Mascard. loco cit. num.* 40.

42 Et ex regula suprapo sita, quod scilicet geminata stipulatio eiusdem quantitatis redditur secũda inanis *ex d. l. qui bis idem*, cæperunt dubitare Doctores, an ea sit vera etiam quoad interrumpendam præscriptionem incoatam in prima, adeo vt prima stipulatio, quæ incæpit pati mori ex incoata præscriptione symbolizetur cùm vita subsequentis stipulationis, & secundum eam reguletur, adeo quod non subsequatur ampliùs mors, nisi iuxta interitum secundæ stipulationis: vtilitas resultans ex eiusmodi resolutionis cognitione erit maxima, quia si secunda stipulatio interrumpit præscriptionem primæ, reuiuiscit etiam interesse ab ea debitum, item periculum interitus

teritus ſpectans ad eum, qui fuit in mora ſoluendi,iuxtà *text. in l.quod te,ff. ſi cert. petat.* per ſecundam ſtipulationem facit periculum interitus ampliùs ad eum non ſpectare.

43 Tu ſcis, quod *mora eſt debiti lege recepti iniuſta non partitio*, & dicitur vna culpoſa, & altera non culpoſa, de non culpoſa habetur *in l. ità verborum, §. fin. ff. de reiuindic.* de culpoſa habetur *in d.l. quod te*,quæ non contrahitur, niſi debitũ ſit liquidum,ſecundum *Afflict.decis.*215. & ſecundum iſtam culpoſam moram,periculum interitus ſpectat ad debitorem, ſi poſteà ſubſequatur ſecunda ſtipulatio eiuſdem quantitatis, & cauſæ, ſecunda ſtipulatio valeret, & facit periculum interitus ad eum ampliùs non ſpectare, *l.ſi ſtichum in princ.ff.de nouat.* ſecundum *gl.& Bart.in d.l.qui bis idem*,nulla facta diſtinctione de intereſſe breuioris, & lõgioris vitæ, tanquàm differentia illa non exiſtens in aliqua ſubſtantiali conſideratione,& proindè affirmant *gl.Bart.*& cõmunitèr *Doct.* ſtipulationem ſecundam eſſe efficacem ad impediendam præſcriptionem in prima ſtipulatione incoatam.

44 Aduerſus hanc opinionẽ inuexit ſubtilis *Iaſ.in d.l.qui bis idem ſub num* 12.dicens,quod, et ſi *text.in l. cum notiſſimi, §.ſed,& ſi quis,C.de præſcript.*30. *vel* 40. *annor.*formalitèr dicat per ſecundam ſtipulationem interrumpi præſcriptionem primæ, quia debitor, qui præſcribebat contrà primam, promittendo ſecundo loco, et ſic recognoſcendo ſecundo interrumpit præſcriptionem, tamen *text.* ille, non ſic paſſim, et indiſtinctè debet intelligi,quia *text.*non dicit, quod regularitèr ſecunda ſtipulatio interrumpit præſcriptionem primæ,ſed tunc demùm quando ſecunda ſtipulatio fit expreſsè ſub commemoratione primæ, et conſequentèr prioris debiti tùnc benè interrumpit præſcriptionem incoatam contrà primam,aliàs ſecunda ſtipulatio ſimplicitèr facta nunquam interrumperet præſcriptionem, prout loquitur *text.in d. l. qui bis idem*, *& gl.* quia ſi hoc eſſet, quod ſecunda ſtipulatio interrumperet præſcriptionem primæ,prout ſimplicitèr adiecta, ſequeretur inconueniens, quod vtique valeret hæc ſecunda ſtipulatio contrà *text. in d. l. qui bis idem*, et quod intereſſe longioris vitæ ſit conſiderabile tenet *gl. in l.ſi tibi mandauero, §.interdum,ff.eod.*prout probat *Ang.in d. l.qui bis idem*,et reſpondet *ad Bart.*et reſoluit *textum in l.Pater, qui §.fin. allegat. per Bart.*

45 Cæterùm ne diſcedas ab opinione *gloſ.& Bart.* tãquàm maiori ratione fulcita, ex quo tametſi ſecunda ſtipulatio ſit inefficax quoad exactionem, ſecundũ *text.in d.l.qui bis idem*,non erit verò inutilis ad interrumpendam præſcriptionẽ, quoad eius effectum, vt dicit *gl.in d. §. ſed & ſi quis ſub verbo innouata*, allegat *text.in l.ſi poſt ff. de reiuindic.* et proindè monet *Iaſ. loco cit.* non eſſe ab hac opinione in conſulendo,et iudicando recedendum, licèt contraria poſſit ſubſtineri ſecundum apices iuris.

46 Secundum tempus, vt redeamus ad inſtitutum noſtrum circa ſymbolum cõnexorum ex conceptione verborum, vt puta ſi in aliqua ſcriptura, vel inſtrumẽto ſint concepta plura pacta, aliqua pro vno cõtrahẽte, aliqua pro alio,eiuſmodi pacta ex vniformi conceptione verborũ in eadem ſcriptura appoſitorum,et conceptorum dicuntur ſymbola, et proindè licèt aliàs in eis conſideretur diuerſitas per priùs,et per poſteriùs,tùnc quia nullum habent ordinem ſecundum intellectum, ſunt proculdubio ſymbola ad inuicem; et ampliùs non conſideratur in eis ſecundum priùs, et poſteriùs, cùm contenta in eo tranſeant de potentia ad actum ad vnumquodque in inſtanti ex illo vltimo verbo partium prolato, vt egregiè notat *Corneus conſ. vlt. vol.* 1. *Abb.conſ.*22.*n.*6. *Afflict.deciſ.*306.*n.*10.*& deciſ.*204.*num.*5.

47 Et ſic habes ex conceptione verborũ contrahentium facta inter eaſdem partes eadem die, & loco, et coram eiſdem Teſtibus,non dari prioritatem temporis, ceù facta veluti incontinenti, quæ cenſentur ineſſe *Felin.in cap.Paſtor. num.*15. *verſ.ſcias etiam extra de reſcript.l.*1.*§.qui præſens,ff.de verb.obligat. vbi Iaſ. num.*6. *& 9.*aduertit notandum in praxi, quod ea,in quibus requiritur actus continuus, tametſi interueniat aliquid modicum interuallum,dicuntur vno contextu cõ-

Digitized by Google

cipi *Abb. in cap. cùm causam de elect.in 6. Bald. in l.1. num.4. C.de oper. libert.* post alios *Mantica de tacit.lib.8.tit.15. à num. 48.ad 50.*

. Et licèt contrà hoc symbolum videãtur vrgere argumenta contra adducta per *Doct.in d.l.1.§.si quis præsens*,et

48 Primo,quod si eodem die Pater faciat Testamentum, imo hora, et alia hora faciat testamentum pro pupillo, dicẽtur esse hæc duo testamenta diuersis temporibus confecta, vt patet *in textu in l.si quis cum,§.fin.vers. alia rursùs hora*, et ibi *gl.ff.de vulg. ex pupill.* et proindè, quod ratione non tantum vnius horæ dicatur diuersa conceptio, sed etiam ratione illius dicitur prior altera, vt patet *in l.si ex pluribus,§.fin.ff.de solut.*et notant *Doct.in cap.pastoralis in princ.num.5.*

49 Secundo, aduersatur ratio adducta per *Alexandrum in d.§. qui præsens n. 15. per text.in l. quoties,ff.solut. matr.* vbi id dicitur fieri ex interuallo,quod fit interpellato tempore, sed plures possunt cõcipi eadem die contractus,nempè alij de mane,alij de meridie,et alij de sero,et nõ dicuntur facti eadem conceptione, sed diuersa, licèt constet quamlibet conceptionem fuisse factam eadem die. Ergo

50 Tertio adstipulatur ratio *Baldi in l.si fundus, §.si duo*, quod si quis in eodem instrumento diuersis tamen verborum conceptionibus eamdẽ rem diuersis personis obliget,res non dicetur eodem cõtextu obligata,sed prior creditor præfertur posteriori, tametsi facta sit conceptio verborum eadem die.

51 Quarto vrget regula illa dicens,scripturæ ordo attendi debet, vt in *d.l.quoties in princ.ff.de vsucap.*& ibi *per glos.*vbi disponitur,quod si vsufructus est legatus Titio,&Meuio,vt alternis vtantur annis, Titius,vt primo nominatus in scriptura prius vsufructu vti incipiet, *l. quo soluendo la seconda,ff.de hæred.instit. Angel. in §.etenim auth. de hæred. & falcid.* vbi voluit, quod si eodem instrumẽto sint obligata bona Titio, & Meuio,præfertur Titius,qui prius scriptus fuit,vt hæc, & alia congerit *Tiraq.de retract. lign. par. 2. in fine per tot.*

52 Quibus non obstantibus standum est symbolo,*l.si ventri,§.vlt.cùm gl.ff de privil.Ba'd.in l.petens num.49.C.de pact,Decian.responso 32. num. 114. Hieron. Gabr. cons.168. num.11.& seq.lib.1.Dec.in cons. 245.n.5. & cons.544. num.19. Cravetta cons. 245. num. 2. & cons. 246. num.3.& cons.298.num.13.* &

53 Ad primum respondetur cùm distinctione,quod aut sumus in dubio, & tùnc regula est, quod secundum actum continuum, & permanentem conceptio verborum est symbola, ad alterutrum, & sic intelligitur *text.in l.1.§.qui præsens, ff.de verb.obligat.*secundum *Iaf.ibi n.6.*aut verò sumus in claris,nempè, non obstante vnica verborum conceptione,& structura,si tamen sit ex diuerso tempore facta, puta de mane interrogaui, & de sero respondisti,non censentur facta eodem cõtextu,licet eadem die,& tali casu procedunt vrgentia in primo, & secundo argumento,quia in illis clarè constat,quod sunt facta in diuersis temporibus diei,licèt concepta eadem die, ideò non possunt dici facta vnica vtriusq; verborum conceptione, quia tùnc pacta dicuntur subsequuta post contractum conclusum, & ideò non potest correspondéri ad inuicem,*Bald.in l.petens,num.49.C.de pact. Corn.cons.349.lib.1.& cons.283. num.10. lib.4.*

54 Vel, & rursus sumus in altero casu, quando plura sunt facta in vno instrumento, vel eadem scriptura, & tùnc iterùm distinguendum veniet, quod aut sumus in ijs,quæ aut conuentione partium, vel alia de iure celebranda sunt in scriptis, aut in ijs, quæ concipiuntur sine scriptis.

55 In primo distinctionis casu affirmandum,omnia sanè capitula, omniaque pacta contenta in eadem scriptura dicentur facta vna vtriusque conceptione, adeò,quod in ea non datur nec priùs,nec posteriùs, & nullus ordo scripturæ inspiciendus est,& hoc est,quod voluit dicere *Bart.in d.l. contractus*, inibique cæteri *Doct.*& expressiùs *Felin.in d.cap. cùm dilecta num.19.*Hinc patet,quod nihil refert,si in vna conceptionum,quæ proponi debet in scriptis sit priùs,vel posteriùs posita, quia ea non diiudicatur secũdum ordinem scripturæ, sed benè secundum ordinem intellectus, nempè si ponatur

priùs

priùs exceptio legitimationis personæ, & posteà incompetentiæ Iudicis: nàm non per hoc non oporteret priùs dignosci de incompetentia Iudicis, licèt postremo scripta, quàm de legitimatione personæ per priùs posita secundum scripturam, ex quo aliàs non esset ordo secundũ sensum intellectus, vt notat *Doct.* & maximè *Ias. in d.l. si ità sit scriptum num.* 8. *& Bald. in cap. inter Monasterium*, et ibi *Felin. num.4. de rescriptis, Alex. cons.*37. *num.4. vol.*1. et proindè plures exceptiones appositæ sub eadem verborum conceptione intelliguntur secundum ordinẽ iuris, licèt inordinatè appareant scriptæ secundum scripturam, tametsi secundum *Alex. cons.*70. *num.*4. *vol.*3. videatur hoc postremum declaratum, quotiès fuerit in statum pronunciari per priùs super exceptione præposita secundum ordinem scripturæ, quia illud nihil ad Rhombum, quando exceptiones, quæ possunt proponi in qualibet parte Iudicij faciunt actum retronullum, etiam parte non opponente, de quibus apud *Muscatell. in sua praxi par.* 3. *gl. competentis*. Iterùm cautela illa Iudicis condemnantis aliquem iuxtà statuti dispositionem apponi solita per eum in sententia, nempè, saluo, et conseruato, quod si condemnatio esset in plus, vel in minùs, quàm esse deberet in forma statuti, vel dictio illa, *saluo meliori calculo*, nil refert si ponatur antè, vel post sententiam, vel computa, quia quoquo loco reperiatur inscripta, operabitur effectum suum, vt probat longa Doctorum remissione *Lazarius Foanutius loco cit. sub num.*15.

56 Sin verò versamur inter ea, quę ex nõ scripto sunt facta, & fieri debent, & possunt, & ad futuram rei memoriam reducuntur in scriptis, & tùnc etiam debet distingui, quod aut consideramus totum contractum reductum in scriptura cùm singulis pactis, & conuentionibus in eo cõprehensis, & tùnc dubio procul dicetur omnia simul facta correspectiuè vnius, ad aliud, vt per *Crauett. d. cons.*11. *num.* 3. & tali modo procedit, quod voluit *Ias. in d.l. si pluribus num.*10. *ff. de legat.* 1. nàm in testamento nuncupatiuo, quod non requirit scripturam, non datur priùs, & posteriùs, considerando totam conceptionem illam testandi, in qua omnia simul sunt coniuncta, & in coniunctionibus non attenditur ordo scripturæ, vt per *text. in l. siquidem, ff. de pact.* ex quo idem *Lazar. Foenut. loco cit. sub num.* 16. dubiam reddit doctrinam *Neguſantij de pignorib. par.* 4. *n.*35. *vers. sed insurgit*, vbi vult, quod creditor in contractu venditionis rei suæ potest adijcere pactum, quod illa res sit specialis obligata pro aliquo peculiari debito ipsius emptoris, in præiudicium aliorum creditorum, nempè si illud pactum apponetur ante traditionem rei, & si post non prodesse *l.*1.*§. fin. ff. de reb. cor.* quia considerando totum contractum, non refert, quod aliquid potiùs sit positum in principio, medio, & fine, ex quo singula facta in eodem instrumento, antequàm partes habeant pro absoluto contractu, simùl dicuntur facta, & non est quo, ad quod in consideratione prioritas, vel posterioritas, *Cagnol. in d. l. lecta, nu.*157. *ff. si cert. pet.* prout in specie contrà *Neguſ.* voluit *Ruin. in cons.*214. *num.*10. *vol.*1. facit decisio *Afflict.*306. *in fine, Mantica de tacit. lib.*11. *tit.*22. *sub num.*3.

57 Si verò consideramus pacta, & inuicem contenta in eodem instrumento, an detur ordo, & prioritas inter ea, & dicendum, quod aut cõsideratur ordo, & prioritas rerum comprehensarum in vno capitulo sub vnica verborum conceptione formato, & tùnc nec ordo, nec prioritas inspicitur secundum *Bart. doctrinam in d.l. si fundus, §. si duo*, quia tùnc erit locus concursui, & non prioritati.

58 Nec obstat si res est obligata in eodẽ instrumento pluribus, erit priùs obligata illi, qui priùs est scriptus, quia hoc intelligitur, quando res est obligata in eodem instrumento, sed tamen in diuersis verborum conceptionibus, non sub eadem, aliàs repugnaret *text. & Bart. doctrina in d. §. si duo*, nec aliquid aduersatur *text. in d. l. quoties, ff. de vsufr.* vbi videtur, quod si sit legatus vsufructus sub eadem verborum conceptione Titio, & Meuio, Titius præferri Meuio, tanquàm priùs scriptus, quia in eodem casu verbis testatoris constabat, quemlibet legatariorum vsumfructum singulis quatuor annis habere, dum ibi *text.* air, vt alternis

vtantur annis,& ideò volebat, quod daretur contractus, & cùm inibi essemus in claris non erat opus coniecturis vulgato *text.in l.continuus,ff.de verb. obligat. & l. non aliter,ff.delegat.*3.& sic est inspiciendum in omni ordine,nisi aliàs constet de mente disponentis,& contrahentis, *Bart. in l. cùm Pater*, *§.fidei tua*, *ff. de legat.* 3. *Bald.in d.l.si duobus, ff.de excusat.tut.*

59 Aut verò non sumus in eadem verborum conceptione, sed in diuersis capitibus, & rationibus,tùnc in dubio obseruatur ordo scripturæ, & sic dabitur priùs,et posteriùs,vt notant *Doct. in d.§. priùs autem, & in d.cap.pastoralis.*

60 Ex qua regula collige primo, quod confessio facta de pluribus rebus sub vnica verborum conceptione non potest pro parte acceptari, et pro parte repudiari,*Alex. in cons.* 80. *num.* 5. *vol.* 7. & *cons.* 171. *num.* 15.*vol.* 6. & *cons.* 123 *num.*8.*vol.*1.

61 Collige secundo, quod etsi sub eadem verborum conceptione sint pares nominati secundum regulam, tamen secundũ ordinem charitatis peruertitur illa regula,et censetur priùs vocatus magis vnus, quàm aliùs, nempè si simùl, et semel fuerint instituti Pater, et filius, tùnc enim propter ordinem affectionis, et charitatis priùs censetur institutus Pater, et posteà ordine successiuo ipse filius, vt per *Barbat.nostrum de fideicomm.maior.ac primog. per son. intuit. tamen fam. par.*1. *cap.* 10.*sub num.*77. vbi distinguit inter ordinem affectionis,et charitatis,et ordinem necessitatis *Rol.à Valle cons.*84. *nu.*4. *clar, pract.sent.tit.de Testam. quæst.*80.

62 Collige tertio, quod licèt sub eadem verborum conceptione reperiãtur obligati Pater, et filius pro restitutione dotis debitæ, et sic quilibet videatur obligatus, vt per *Doct.in l.si cum dotem*, *§.transgrediamur*, *ff.so'ut. matr. Baldus Nouel'ns de dote par.*7.*priu.*37.*Tiraq.de retract. lignag.par.*1.*§.*31. *num.*8, tametsi probaretur, quod alter solus guberner, et ad alterum tantùm principalitèr negotium pertineat,is solus tenetur dotem restituere tanquàm solus habuisse præsumatur *Boer. decis.*23. *num.*10. *Cranetta cons.* 91. *num.*3.*Thes.decis. Pedam.*44. *Marsil.de fideiuss.num.*55.

63 Collige quarto, quod quando vir, et vxor in vno, eodemque contractu, et verborum conceptione aliquid alienãt, obligent, vel confiteantur habuisse: licèt videatur dicendum, quod ambæ dicerentur alienare, se obligasse, et confiteri per *text.in l.reos,§.cum tabulis, ff.de duob. reis*,et per *Bart.in cons.*124.*Castr.cons.*53. Cæterùm quotiescumque non probatur illud versum esse in vtilitatem mulieris, censetur mulier in hoc casu intercessisse, et iuuatur Velleiano *D. Præses Merlin. contr.forens. cent.*1. *cap.*55. *Afflict. decis.* 119.*Boer.decis.*23.*Thes.decis.*140.etiam accedente iuramento,vt stat declaratum per *Reg.Pragm.*1.*ad Velleian.* si verò probetur,quod res principalitèr spectauit ad virum, et ad ipsam mulierem, tùnc mulier tenebitur ipsi viro, vt probatur etiã apud *Thes.d.decis.*140.conferunt relata per *Gruell.decis.dol.*20.*per totam.*

64 Quinto collige,quod si mater,et filius eadẽ verborũ conceptione, et in eodem instrumento se obligentur, et mater gubernat,præsumitur,quod ad eam vtilitas gesti negotij, et obligationis peruenerit, ideò ipsa sola tenebitur, et poterit habere actionem contra filium, qui si aliquid soluerit habebit etiam ipse repetitionẽ à matre,vt determinauit *Boer. d.decis.*23. *num.* 12. quod secùs est si mater se obligasset tutorio nomine, quia tunc iuuaretur Velleiano, si proprio nomine conueniretur, aut conuenienda erit etiam tutricio nomine *Nouar.collect.super prag.*1. *collect.*1.*ad Velleianum.*

65 Collige sexto, etiam si in singulis rebus prætij distributis plures intelligantur venditiones: tamen quando inter contrahentes sub vnica verborum conceptione omnes res emuntur vnica tantùm erit emptio,et vẽditio, nec pro parte rescindi potest,*l.an eiusdem §.interdũ, ff.de edilit.edict.* vbi apertè dicitur,quod interdum, et si in singula capita prætium sit constitutum:tamen vna emptio est,vt propter vnius vitium omnes redhiberi possent, vel debeant: cùm scilicèt manifestum est, aliquem nonnisi omnes empturum, aut venditurum fuisse, vt plerumque circa comædos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet, vt neutri, nisi omnes habere expediat, prout consuluit

Digitized by Google

fuluit *Signor.consl.93.nu.1. Dec.consl.421. num.4. vers. sed considerando*, vbi dicit, omnes venditiones pro vno contractu censeri, licèt in singulis rebus prætium constitutum sit, quia vnam ex illis rebus sine alijs emptor non emisset, et ideò etiam in hoc casu venditori agenti ad prætium vnius rei, potest opponi exceptio rei non traditæ, donèc omnes traditæ fuerint, *l.Iulianus, §.offerri, ff.de act. empt.& l.ex prædijs, C. de vsur. Tiraquell. de retract.lign.§.27.gl.1. num.20. Mantica lib.2.tit.3.sub num.15.*

66 . Collige septimo, quod si quis simul emerit centum agri iugera, vel fundum quempiam simpliciter cum eodemque prætio in singulo iugere constituto, quorum alia sunt pinguia, alia exilia, consanguineus, qui ex iure municipali, vel vicinus ratione congrui, qui potest, oblato prætio, rem retrahere, non poterit exhilibus relictis, pinguiora, soluto eorum prætio, vendicare ex retractu, quasi plures factæ fuissent venditiones contrà *text.in l.quæ vtilia,& l.quisquis, C.de omni agro deserto lib.11.* verisimile est emptorem sterilia absque fertilibus non fuisse empturum, quamuis omnia æquali prætio emerit, vt censuit *Tiraq.de retr. lign. §.23.gl.1.num.2.* sequitur *Mantica in loco cit.sub num.16.*

67 Collige octauo, quod si plures fuerint res emptæ vno prætio, & deinde in eadem contractu prætium in singulas res diuidatur, non vna, sed plures intelliguntur emptiones, vt puta si quis vendiderit domum ducentum aureis, & fundum reliquis centum, vt habetur *ex l.cum duo serui ff. de in diem adiect. gl. in l.ædiles autem §. si plura in verbo fortè in princ.& gl.seq.in §.vlt.verbo prætio, & in gl.vlt.ff.de ædilit.edict.* quod *Bart.in disput.* incipit *Publicanus ad finem* putat esse notandum, vt refert post *Tiraq. de retract.§.23.gl.1.num.18. Mantica loco cit. sub num. 18.*

68 Collige nono, quod licèt forma contractus ex conceptione verborum faciat videri vnum dumtaxat contractum esse celebratum, tamen si lex fingit plures esse contractus, quoad effectum Iuris censentur plures, vt sentit *gl.vlt. in l.Titia. §.vlt.ff.de verb.obligat.*, & ibi notat *Aret. in vers. in gl. posita*, qui par contractus ex aliqua causa habetur pro vno, in qualibet iuris dispositione pro vno contractu accipi debet, secundum *Manticam loco cit.sub num.21.*

69 Collige decimo, & vltimo, quod si ex dispositione statuti gabella solui debeat ex quolibet contractu, et duo contractus fiant ad eundem effectum, sicut est pactum de vendendo, et venditio, gabella de vno duntaxat solui debet, quia altèr contractus occultatur *Bald. in l.si dotem num.4. C. de iure dot. Aret.in l. Patris, & filij in princ. ff. de vulg. et pu-*

70 *pill.*, et locum habet etiàm si vnus contractus veniat accessoriè ad alium, vt est pignus, hypotheca, et constitutum, quia tùnc gabella de contractu principali dumtaxàt solui debet *Roman. in l. interdum §. quoties num.5. ff.de public.seq. Mantica loco sæpius cit.in fine*, et de pactis, quæ ad inuicem non compatiuntur an sint symbola, dicemus infra in *tit.4. cap. 6. d. in elect. um text. in l. 1. §. fin. ff.de reb.cor.*

A R G V M E N T V M.

Contractus an sit symbolus ex verborum significatione.

S V M M A R I V M.

1 *Verbi conceptio, & significatio non sunt eadem.*
2 *Verbum* significare *an differat à verbo* concipere.
3 *Lingua vna symbolizatur cum alia.*
4 *Consuetudo est optima legum interpres.*
5 *Intellectus ineffrenata operatio.*
6 *Sententiæ tot sunt quot capita.*
7 *Parisianorum, cassianorum, & sabinianorum diuersæ sententiæ, & quæ.*
8 *Significationes datæ à iure ciuili in nominibus appellatiuis quæ.*

Fri-

9 *Friginsculum quid.*
10 *Insula domus qua.*
11 *Interpretatio alia extensiua, alia restrictiua, alia declaratiua, alia correctiua.*
Interpratatio extensiua qua nu. 12.
Interpratatio restrictiua qua nu. 13.
Interpratatio declaratiua qua nu. 14.
15 *Declarare, siuè declaratio quid.*
16 *Interpratatio correctiua quibus modis efficiatur.*
17 *Interpretatio correctiua ad quẽ spectet.*
18 *Correctiua in interpretatione est vocanda pars interesse pratendens.*
19 *Declaratio congrua verbi obscuri qua.*
20 *Domus in donatione, an veniat apotheca.*
21 *Vsusfructus bonorum legatorum panis quem mantere debet, pendente conditione.*
22 *Donator an possit declararo suam donationem.*
23 *Testator an possit declarare fideicommissum in pluribus institutum.*
24 *Testator an possit declare, vt filij positi in conditione censeantur vocati nec nè.*
25 *Donator an possit declarare, qua debita sint soluenda in donatione electa indefinitè.*
26 *Testator errans in nomine, aut pronomine, vel agnatione, an possit posteà declarare remissiuè.*
27 *Interpratationis materia, qua facit contractum symbolum difficillima.*
28 *Actus qui geritur, pro vt geritur an sub-stineri possit omni meliori modo, quo substineri possit, & num.* 29. & 35.
30 *Ambiguitas circa incerta quomodo declaranda, notantur casus num.* 31. 32. 33. & 34.
36 *Actus informis, & inualidus an valeat pro vt valere possit, & num.*37.
38 *Clausula*, omni meliori modo, *an faciat, vt actus valeat aliter quàm gerstur, & num.*46. & 47. *declara vt in num.*48. & 49. & 50.
39 *Actus in dubio semper valere debet eo modo, quo valere potest.*
40 *Acceptilatio, qua in vim acceptilationis defendi non potest, an possit defendi in vim pacti.*
41 *Via seruitus, qua tanquàm via defendi non potest, an tanquàm iter defendi valeat.*
42 *Stipulatio quando saltim in vim naturalis obligationis valeat.*
43 *Promissio facta à pupillo sine Tutoris authoritate, quando valeat.*
44 *Verba contractus debent trahi ad possibilem intellectum.*
45 *Promittens respondere certo loco, intelligitur de responsione satisfactoria.*
51 *Stimulus naturalis quid operatur in contractibus.*
52 *Subiecta materia quid operetur in contractibus.*
53 *Aequitas quid operetur in contractibus.*
54 *Prudentia quid operatur in contractibus.*
55 *Consuetudo loci quid operatur in contractibus.*
56 *Necessitas quid operatur in contractibus.*
57 *Iuramentum quid operatur in contractibus.*
58 *Applicatio quid operetur in contractibus.*
59 *Satisfactio vtriusque partis quid operatur in contractibus.*
60 *Proximitas quid operatur in contractibus.*
61 *Coniectura plures si concurrant, vt actus non valeat eo modo quo geritur, an faciant valere actum omni meliori modo.*
62 *Coniectura pares quid operantur in contractibus.*
63 *Via media est eligenda in conflictu rationum.*
64 *Contractus an possit stipulari omni lingua, & num.*65. & 66.
67 *Contractus, qui poterat scribi lingua materna, & scribitur lingua extranea an sit suspectus.*
68 *Testis obscurè deponens non releuat.*
69 *Ratio non expressa intelligitur pro expressa, qua tacitè sub intelligitur quid in contractibus, vel in rescriptis n.* 70.
71 *Verba generalia, & ambigua intèr se differunt.*

CAP. X.

1 PRobauimus præcedenti in capitulo, contractum fieri posse symbolum per verborum conceptionem, et quia non est eadem verbi conceptio, et significatio, vt infrà patebit, sequitur meritò in præsentiarum dignoscere de contractu

Digitized by Google

tractu symbolo secundum verborum significationem in materia indifferenti cõtinua in genere.

2 Verbum, *concipere*, vt diximus in præcedenti capitulo est secundum simplum, mixtum, *significare verò* est, quod interpretatur propter identitatis rationem, vt colligitur *in l. non dubium C. de legibus, & pluribus modis fieri potest.*

Primo secundum expositionem vocabuli, Secundo per rationem. Tertio per adhæsionem intellectus. Quarto per modum significandi attributum distinctioni ab intellectu. Quinto secundum subtilitatem disputandi, quæ prudentum authoritatem exigit secundum *Capollam in rubr. de verb. sign. sub num.* 135. *et* 136.

3 De primo modo habetur in *l.* 1. *§. vlt. de verb. obligat.* circa interpretationem variarum linguarum, et sic vna lingua symbolizatur in aliam, vt de hæbrea in græcam, græca in latinam, et latina in vlgarem, pro vt fuit interpretatus noster sacer Codex per 72. interpretes, liber *Homeri*, *Aristotelis*, *Platonis*, *Galeni*, et similium authorum, et etiàm ius nostrum secundum *Modestinum in l.* 1. *ff. de excusat. tut.*, quę interpretatio non fit declaratiuè de verbo ad verbum, sed benè de sensu ad sensum, vt in *l.* 3. *C. de lib. prat.*, et dixit *Horatius de arte Poetica.*

Nec verbo reddere verba curabit fidusq; interpes.

De secundo modo interpretandi habetur in *l. si de interpretatione ff. de legib. et in l.* 2. *ff. ad exhibendum, et in l.* 1. *ff. de orig. iur* vt lex interpretetur per rationa-
4 bilem consuetudinem, quæ est optima legum interpes.

5 De tertio modo interpretandi, intellexit *text. in l.* 3. *C. de lib. prat. et text. in l.* 1. *§. ne dum ex multitudine C. de vet. iur. enucleando*, hæc est illa ineffrenata intellectus operatio, quæ non habet modum quiescendi ob infinitas phantasias, quibus percallet, et solet ex hoc dici quod quilibet abundat suo sensu, et tot
6 sententiæ quot capita *cap. ne innitaris de constit. et in §. cùm ex aliena instit. de rer. diuis. et in l. adeo. §. cùm quis ff. de acq. rer. domin.* vbi habentur Proculianorum, Sabinianorum, et Cassianorum diuersæ sententiæ, et in *l.* 3. *C. de edendo Cod. Iust.* vbi habentur opiniones, quæ dederunt ansam illis quinquaginta decisionibus
7 Iustiniani, ab hinc emanatæ communes doctorum sententiæ, à quibus non est recedendum in consulendo, et decidendo, secundum *Gallin. loco cit. num.* 11. *Neuiz. in sua sylua vers. quomodo est. Iudicandum pro commun.*

De quarto modo interpretãdi, habetur exẽplũ in omnibus nominibus appellatiuis, quibus ab intellectu hominum naturaliter interpretante data est significatio, iuxtà notata in *l. si quis in fundi vocabulo ff. de legat.* 1. *et in l. ult. C. de constit.*
8 *pecun. ubi per gl. et Doct.* in significationibus datis à iure ciuili per intellectum antiquorum iuris prudentum vocibus, et terminis materiarum ipsius iuris prudentiæ, vt in *tit. ff. & C. de verb. sign.* ueluti, quod nomen, *as*, totam significat hæreditatem, illius vero partes hæreditarias, quotas, iuxtà *text. in l. hæreditas, & l. asse ff. de hæred. instit. & in §. hæreditas instit. de hæred. instit.* apud nos *de hæred. act. lib.* 1. *quæst.* 2. *in princ. & lib.* 3.

9 Rursùs quod frigiusculum importat modicum illud tempus, & leue iurgium, quo deuerterit vxor à viro, quæ paulo post reuersa fuerit, iuxtà *text. in l. cùm hic status §. si diuortium ff. de donat. intèr virum, & vxor. l. quod si non diuortium ff. de iure dot. & l. si libertas ff. de pact. dota-*
10 *lib.* vel quod insulę appellantur domus, quæ vndequaquè liberæ sunt ab omnibus ædibus propter interiacentes vias *l. si in insulam ff. de uerb. obligat. l. insula ff. de acq. rer. dom.*

De quinto modo est *text. in l.* 2. *§. his legib. ff. de orig. iur.* de quib. omnibus modis interpretandi meminit etiàm *Gallin. loco cit. per totum.*

11 Hæc quidem interpretatio in quatuor diuiditur species, in extensiuam, restrictiuã, declaratiuam, & correctiuam, vt per Doct. *in l. omnes populi ff. de iustit. & iure post alios Gallin. d. lib.* 1. *cap.* 5. *in princ. seq. Barbat. noster in tract. fideicom. Maior. et primogen. person. parte* 1. *cap. inspect.* 5. *sub num.* 2.

12 Interpretatio extensiua, siuè ampliatiua fit, cùm lex vno casu loquatur, ad alium consimilem producitur, vt in *l. Gallus. §. et si quid si tantum ff. de lib. et posth.*

Digitized by Google

posth. vbi quando de morte naturali agitur, extenditur etiàm ad emancipationem, & deportationem *l. Senatum Consultum Macedonianum, qued de filio famil.*scriptum erat ad nepotem extendendum *l. filium habeo ff. ad Maced. l. si fil. C. eod.*& huiusmodi interpretatio in legibus communibus odiosa non est *l. non possunt et seq. ff. de legib. non possunt omnes casus aut legibus, aut Senatusconsultis comprehendi l. illud vbi gl. C. de sacr. eccles.* & adest in ea non solum symbolum de casu ad casum, de gradu ad gradum! sed etiàm de tempore ad tempus, iuxtà terminos in *l. ex facto §. itèm quaro in fine ff. de vulg. et pupill.* de loco ad locum iuxtà *text. in l. hoc modo ff. de condit. et demonstrat.* & de casu, ad casum, vt in *d. l. Gallus §. et si quid si tantum*, de gradu ad gradum, existentibus coniecturis, quas cumulant Doct. ad limitationem Consilij Oldradi, vt per *Barbat. nostrum loco cit. sub num. 9. et* 10., vbi notat in his terminis vendicare sibi locum exioma illud; scilicet, quis talitèr præsumitur disposuisse, de quo si interrogatus extitisset, responderet se talitèr disponere voluisse, quamuis non disposuerit.

13 Interpretatio restrictiua ea est quoties lex generalitèr loquens, minuitur vel artatur, & non habet locum regularitèr; nisi in certis dumtaxàt casibus, nempè si per Senatus consultum Macedonianum sit prohibitum dari mutuum filio fam. id non procederet, causa necessaria *l Maced. C. ad Maced.*

14 Interpretatio declaratiua est, quæ fit per congruam verbi obscuri expositionē, & sic declaratio tendit tantundem ad declarandum verba obscura dispositionibus, & contractibus apposita.

Erit exemplum *in l. Iulia* quæ prohibet fundi dotalis alienationem, vt in *l. Vnica. §. et cùm lex C. de rei uxor. act. et in l. fundum ff. de fundo dotali* nàm ex decreto diuorum Seueri, & Antonij *de quo in l. 1. C. eod. tit. de fundo dotali*, declaratum extitit verbum illud alienatio, vt comprehendat omnem actum, per quem dominium transfertur.

15 Declarare, siuè declaratio est propriè aperire, vel manifestare dubium sensum legis, aut dispositionis obscuræ *Castrens. in cons. 341. ueniam nunc in principio uers. non obstantibus prædictis lib. 1.*, et qui declarat nihil de suo ponit *l. hæres palam. §. si quid post. ff. de testam. l. adeo §. videtur ff. de acq. rer. dom. Cassan. in consuet. Burg. in Proam. in gl. et declaration. Crast. §. Codicilli num. 8. Camillus de Medic. cons. 48. num. 3. Polyd. Ripa sing. obseruat. 189. num. 7. quos citat, et seq. Barbat. loco cit. sub nu. 5. et 6. quib. adde Decian. responso 41. num. 55. uol. 2. Macerat. uar. resolut. lib. 1. resol. 3. num. 12.* proprium declarationis est, vt nihil de suo addat, et inducat, alias si non staret in puris terminis declarationis, ampliùs non diceretur declaratio, sed potius noua dispositio, aut extensio, vel ampliatio, vel restrictio siue coërctio *Rol. à Valle cons. 15. num. 25. uol. 3. Decian. responso 7. num. 100. lib. 1. et responso 6. nu. 30. lib. 4. Menoch. de arbitr. Iudic. quæst. 37. num. 17. cum seq.*

Et proinde iure merito subdit Barbatus, reperiri declarationis in diffinitione addita. Primo verba illa, *congrua expositio*, ad ostendendum, quod si expositio non erit congrua non admittetur declaratio *Ang. in l. Itèm veniūt §. aptando ff. de re iudic.*, & secundo verbum, *obscuri*, quia in claris non est interpretationi declaratiuæ locus ad *text. in l. continuus §. cùm ità ff. de verb. obligat. & in l. ille, aut ille ff. de legat. 3.* qui loci Paulus tradit, quod quoties in verbis nulla ambiguitas reperitur, nulla erit quæstio voluntatis.

16 Interpretatio correctiua tribus modis efficitur, per abrogationem, cùm lex penitùs tollatur aut aboletur, vt patet in *l. sus. canin. Tollend. C. & instit. & in tit. C. de edict. diu. Adr. Toll. C. de annal. except. C. de Caducis Toll. Ital. Contr. Tolled.*, & *similib.* per derogationem cùm pro parte *leg. detrahitur l. derogatur ff. de verb. & ver. sign. l. Bebius ff. de pact. dotalib. l. nec mandante ff. de Tutor., & Curat.* per ampliationem cùm loqui quippiam adijcitur *§. per occasionem in auth. de nupt.*, quæ quidē correctiua interpretatio ceù odiosa omnino fugienda per *l. præcipimus C. de inoffic. donat. cap. non expediat de elect. in 6.*

17 Talis interpretationis species ad solum Principem spectat priuatiuè ad eius

Præ-

Præfectum Prætorium, *gl. in fine in l. de quibus, ff. de legib.* adèst exemplum apud *D. Regentem Sanfelicium decis.* 300. *in fine*, vbi per Collaterale Consilium fuit ordinatum. *S.R.C. vt procederet de iustitia super nullitate ex eysdem actis ad interpretationem Regiæ Pragm.* 8. *de instrum. liquid.* Potest benè verum S.R.C. legem declarare per media iuridica, vt patet in casu Ducis Casulæ relato per *Caforam Spec. Peregr. quæst. lib.* 1. *q.* 45. *sub num.* 4. Vel si aliter non fuerit pactizatum inter gentes, ex quo per priuatam pactionem potest legi derogari, vt *in d. gl.* & per legitimam consuetudinem loci, & ad hanc materiam, vide quæ fusissimè scripsit *Carpan. ad Stat. Mediolan. in prælud. & sign. à num.* 240. *et seq.*

18 Et rursus in hac specie correctiuæ, siuè modificatiuæ interpretationis, attenta *Castrensis theorica in cons.* 338. *n.* 12. *& cons.* 340. esset in ea pars vocanda, de cuius interesse ageretur, prout voluit etiam *Barbatia inter consilia Alexandri* 223. *sub num.* 27. *lib.* 4. vbi loquitur de confirmatione statuti, quod semper intelligitur, saluo iure tertij.

19 Et quando declaratio consistit in sola, & mera declaratione congrua verbi obscuri, iuxtà *text. in l. item veniunt*, §. *præter hac in fine vers. captanda*, & ibi notat *Bald. ff. de acq. hæred.* & vt talis possit contingere, plura afferuntur exempla, quorum

20 Primum est in contingentia facti relati apud *Crauett. cons.* 234. *num.* 4. an scilicet in donatione domus facta veniat etiam apotheca, & quod controuersum est etiam inter Doctores, an illius appellatione, ea nec ne veniat, quorum plurimos ad id in terminis congerit *Barbosa de appellat. verbo vtriusque iur. sing. appellat.* 82. *num.* 2. 3. & 4. diffinientes an scilicet, & quando, & in quibus casibus, ea venire dicatur, iuxtà quæ redderetur circa hoc ambigua dispositio, vt notauit *Barbat. noster in propugn. verit. ad tract. de fideicomm. maior. & primog. person. c.* 8. *sub num.* 6. *Mantica de tacit. lib.* 4. *tit.* 15. *sub num.* 26.

21 Secundum est exemplum in contingentia facti, de qua apud *Boer. decis.* 172. loquentem de declaratione, penès quem manere deberet vsusfructus bonorum donatorum, pendente conditione, stante, quod omissum id fuerat in donatione facta *Barbatus loco cit. sub num.* 7.

22 Tertium exemplum, quod etiam adducit *Barbatus loco cit. sub num.* 8. de quo apud *Decian. cons.* 76. *num.* 194. *lib.* 1. an scilicet potuerit donator declarare, si appellatione filiorum, & descendentium in donatione dispositiuè nominatorum, intellexerit de solis masculis, an etiam de fœminis, eo quod est alia controuersa quæstio, an appellatione talium veniant soli masculi, an etiam fœminæ, vt apud eundem *Barbos. appellat. iur.* 70. *num.* 9. *& appellat.* 99. *num.* 48.

23 Quartum erit exẽplum, de quo apud *Peregr. cons.* 34. *num.* 4. *lib.* 3. in casu videlicet plurium vocatoru[m] ad fideicommissum, an scilicet possit disponẽs declarare an ad vnum, vel ad plures coniũctim simul, & semel, an ordine successiuo, illud debeatur, vt adnotauit etiã *Barbatus noster loco cit. vers. quartus casus sub num.* 9.

24 Quintum erit exemplum in contingentia facti apud *Fontanellam decis. cath.* 171. 172. *&* 173. *totis*, an scilicet possit disponens declarare, si positi in conditione dicantur vocati, nec ne, quod est similiter in controuersum positum, & negatiuè censuit indistinctè *Honded. cons.* 51. *num.* 72. *cùm seq. lib.* 2. eo quod aliàs determinando esset addere fideicommissum fideicommisso, vt apud *Ant. Fabr. in suo codic. tit. de fideicomm. defin.* 1. vbi per Senatum illud sic decisum testatur, nisi accedentibus coniecturis, de quibus apud *Rustic. tract. de an, & quãdo, Menoch. de præsumpt. lib.* 4. *præsumpt.* 76. *Thes. decis.* 96. *Decian. responso* 9. *vol.* 3. *& responso* 44. *eod. vol. D. Reg. Capyc. Latr. decis.* 1. *&* 110. *vol.* 1. quibus accedentibus, si licet Iudici declarare, eo fortiùs disponenti licebit *Barbatus loc. cit. sub num.* 10.

25 Sextum erit exemplum in contingentia facti apud *Parisium cons.* 58. *num.* 8. *cùm seq. lib.* 1. *& per Ceph. cons.* 21. *num.* 8. *etiam in primo libro* in termino donationis factæ cum onere soluendi debita in genere: nàm poterit declarare, & per viã declarationis explicare quæ sint talia debita, dato adhùc quod multa declarauerit, vt confirmat idem *Barbatus loco cit. sub n.* 10.

N Septi-

26 Septimum erit exemplum in terminis *l. hæredis palam. §. sed si quid, ff. de testam.* de eo, qui stichum legauit, cùm plures habeat, nec declarauit de quo sentiret,& de eo, qui Titio amico suo legauit,cùm multos Titios amicos haberet, & errasset in nomine,vel pro nomine,vel agnomine.

27 Quibus positis deueniendum est ad interpretationem, quæ facit contractum symbolum,hoc est ad interpretationem faciendam:per quàm substinetur contractus in alia forma diuersa ab ea, in qua contractus fuit celebratus, & est materia celeberrima, & difficillima ob prolixitatem scribentium *in l. 1. §. si quis ità ff. de verbor. oblig.* adeo quod fassus fuit *Gallin.in d.tract.lib.9.cap.36. sub num.17.* quod quanto maiorem adhibuerunt Doctores diligentiam iuxtà hanc explicationem, tanto maiorem induxerunt confusionem,& proindè ipse distinguit duos casus,quorum vnus est quando sumus in claris de voluntate disponentium,secundus quando sumus in obscuris.

28 Primum casum in duos alios subdistinguit *Gallin.* primum,quando certè scimus disponentem voluisse actum non solum eo modo, quo geritur, valere, sed etiam omni alio meliori modo, quo sub stineri possit. Alterum quando prospicuū est, disponentem voluisse actum substineri,nisi valeret eo modo, quo possit.

Secundum principalem casum similitèr inter alios quinque distinctos casus subdistinxit.

30 Primum, quando res adeo in ambiguo versatur, vt incertum sit, tàm de actu, quem principalitèr gerere voluerint contraheutes, quàm de eo, quàm voluerint omni meliori modo valere.

31 Secundum, quando incertum est de eo actu tantùm, quem principalitèr agere voluerunt, non etiam de eo, qui meliori modo substineretur.

32 Tertium,quando plures essent coniecturæ, quibus argueretur actus, quem disponentes gessissent velle valere omni meliori modo.

23 Quartum, quando plures essent coniecturæ, vel efficaciores, quibus ostenderetur disponentes voluisse actum valere nisi eo modo,quo gestum est.

34 Et demum quintum, quando coniecturæ essent pares, nulla facta distinctione intèr actus dependentes à voluntate vnius, vel plurium, neque intèr vltimas voluntates contractus,& iudicio,neque intèr modum constituendi, & solum cōmodum, & vtilitatem, neque inter totalem,& particularem dispositionem, neq; inter defectum causæ formalis,materialis,& efficientis,ex quo in tota ista materia affirmatiuè, vel negatiuè concludendum veniet secundum regulam dictorum casuum.

35 Et quod spectat ad primum principalem casum, quando sumus in claris,constituit ipse regulam affirmatiuam, quod actus quando non valet,vt agitur,valeat eo modo,quo valere possit,siuè apposita fuerit clausula cùm nuncupatione actuū, in quorum iura voluerunt valere disponentis actum, qui gereretur, vt *in l.1.ff. de iure codicillor.* siuè apposita fuerit generalitèr sine vlla specificatione, *Ias.in §.omnium instit.de act.num.150.* ex ea ratione, quia omnis actus operatur ab intentione agentis,nil mirum si valuerit eo modo,quo valere potuisset,quia in depēdentibus ab animo voluntas totum facit *l.ex facto, §. rerum, ff.de hæred. instit. l.in condit.ff.de condit.& demonstrat.*& indefinitè hæc regula procedit, siuè simus in contractibus, siuè in vltimis voluntatibus,siuè in iudicijs, vt per *text.in d.§.si quis ità,& cæteri,* de quibus apud *Gallin. loco cit.sub num.15.*

36 Quod intellige, vt actus valeat, prout valere possit,non sit informis, & inualidus,quia tùnc nisi transeat in alium perfectum contractum, nullatenùs valere potest eo,quo geritur modo, informe, & imperfectè,cùm dare formam contractui non spectet ad partes, *l.ius publicum,ff.de pact. l.nemo potest, ff.de legat. 1. l. non dubium, C. de legib.* aliàs repugnaret implicantia,vt valeat, & non valeat tanquàm informis, & imperfectus, *l.vbi repugnantia.ff.de reg.iur.l.scriptura,* vbi *Bal.ff.de fide instr.l.1. C.de furt.* casus erit *in cap.1. de post.Prælat.in 6.*vbi clausula *omni meliori modo* non potest operare validitatem electionis, nec postulationis: cùm neutrius actus forma fuerit adhibita in certificando actum, vt patet apud *Gallin.*

in

in loco cit. sub num. 2 1. & expressiùs in repetitione *d. §. si quis ità in* 1. *conclus.* Primi casus Bartoli, quod secùs esset quando clausula esset informis; contractus verò validus: tùnc enim ex quo clausula sortitur naturam contractus, *l.* 1. *§. si quis sub conditione, ff. vt legat. nomin. caueat*: debet ab eo regulari *Caualer. decis.* 255. *num.* 9. *decis.* 285. *&* 313. *D. Reg. de Ponte cons.* 164. *num.* 30. *lib.* 1. post eos *D. Reg. Rouit. decis.* 84. *num.* 6.

37 Si verò contractus ille informis, & imperfectus possit substineri à diuersa dispositione, à qua recipit formalitatem, & perfectionem, & tùnc benè intraret regula *de omni alio meliori modo*, quia cùm agetur de eo, quod pendet à voluntate disponentis, & cui lex non resistit, debet seruari quod à disponentibus actum est *d. l.* 1. *§. si conuenitat, & l. contract. ff. de reg. iur.* & sic intelligitur, quod fertur de clausula codicillari, vt *in d. l.* 1. vbi *Doctores, ff. de iure codicill. & in l. vlt. §. illud. ff. de codicill.* non enim testamentum ex imperfecta, & informi voluntate substineri potest ex clausula illa codicillari, *Dec. in l. pracibus num.* 9. *Ruin. in cons.* 110. *num.* 60. *lib.* 1. *Decian. resp.* 37. *nu.* 14. *lib.* 1. *Surd. cons.* 211. *num.* 20. *Crass. §. codicilli, quast.* 22. *num.* 2. *Bocr. decis.* 240. *Rota Romana decis.* 620. *n.* 3. *par.* 1. *in nouis, Ludou. decis. lucens.* 53. *nu.* 18. *Viu. com. opin. lib.* 2. *concl.* 865. *num.* 22. etiam fauore piæ causæ *Cancer. var. resolut. cap.* 20. *num.* 406. *D. Hodierna ad Surd. decis.* 292. *n.* 17. *Guid. Papa decis.* 513. nec operatur contra expressam testatoris mentem *Menoch. cons.* 311. *Anna alleg.* 19. *num.* 27. *Afflict. decis.* 144. *D. Reg. Capyc. Latr. consult.* 160. *n.* 63 *& cateris seq.* nec causa pia in aliquo præualet contrà expressam testatoris mentem, *Tiraq. de priuil. pia causa priu.* 3. *& D. Reg. Rouit. decis.* 17. *sub num.* 6.

38 In secundo verò articulo primi principalis præpositi casus, quando scilicèt constat de mente disponentium, actum valere volentium alitèr quàm geritur, nequaquàm per clausulam *omni meliori modo* substineri potest, prout intelligunt communitèr Doctores dictum textum *in d. §. si quis ità, & in l. quoties, §. si duo. ff. de acq. hared.* vbi dispositio facta in re certa, quæ non valet in vim generalis dispositionis, nec etiam valere potest eo modo meliori, quia iam constat de enixa voluntate disponentis volente, per quàm sic voluit, vt valeret eius dispositio, vt *in l. obligationum substantia, ff. de act. & oblig. & in l. non solum, §. mort. ff. de nou. oper. nunciat.* & de protestatione, quæ tendit ad tollendum vnum ex substantialibus actus, quo sublato, non posset esse ille actus, vt *in l. actus legitimi, ff. de reg. iur. l. si filius, C. de adopt. & in cap. fin. de cond. appos.*

39 In secundo principali casu, quando res versatur in dubio, semper interpretãdus est actus, vt valeat eo modo, quo valere potest, *l. quoties, ff. de verb. oblig. de reb. dub. & de verb. sign.* nàm vbi est verbi ambiguitas semper id agendum est, vt quàm tutissimo loco sit res bona fide commissi, *l. vbi est verborum, ff. de reb. dub. & l. stipulatio ista habere, §. si qui in fine, ff. de verb. obligat. Dec. in cap. quoniam Abbas vol.* 7. *de offic. d. leg. num.* 23. *& cons.* 77. *& cons.* 140. hanc præsumptionem cæteris esse fortiorem, probat *Gallin loco cit. num.* 74. & licèt in contrahenda venditione ambiguum pactum contrà venditorem sit intelligendum: tamen ità accipiendũ, vt res salua actoris sit *l. in contrahenda, ff. de reg. iur.* præsumptio enim legis ad confirmandum potiùs, quàm ad infirmãdum adaptatur *Bald. in l. si quis filio in princ. ff. de legat.* 1.

40 Et proindè acceptilatio in dubio, quę in vim acceptilationis defendi non potest, in vim pacti nudi liberatorij substinetur *l. si vnus, §. si acceptilatio, ff. de pact. d. l. an inutilis* secundum aliam lecturam *ff. de accept. l. acceptilatum, ff. eod. tit. & in l. iurisgent. §. igitur nuda, ff. de pact.* et infrà suo particulari loco dicemus.

41 Item via seruitutis constituta, quæ vt via substineri non potest, vti iter defenditur *l. si tàm angusti, ff. de seruit. l. via, ff. de seruit. rustic. pradior.* et sic intelligendus *text. in l. diuus, ff. de vsu, & habit.* vt aliàs diximus.

42 Rursus stipulatio alteri, quæ ciuilem, et naturalem obligationem producere, vt agebatur, non potuit, saltim in vim naturalis obligationis valet, vt *in l.* 1. *ff. de nouat.* cùm inibi traditis *à Bart.*

43 Iterum promissio facta à pupillo sine

Tutoris authoritate per stipulationem, quæ valet vt potest, quantum ad naturalem obligationem procedit etiã, quod habetur *in l. stipuler. §. fin. & l. si stipulatus, §. Chrysogonus, ff. de verb. obligat. & l. cert. condictio, §. quoniam, ff. si cert. petat.* de ea stipulatione, quæ apponitur super aliquo contractu, ut tamen ualeat contractus, quamuis non ualeat stipulatio, *& l. multum interest de verb. sign.* et obligatio ex illa stipulatione, quæ non potest dissolui per æstimationis solutionem, et sic etiam intelligendus est *textus in l. 1. §. itẽ si ex fundo, & in l. hæreditas ex die, ff. de hæred. instit. & in cap. Diaconus* 28. *dist. & in cap. cùm M. Ferrariensis si libertas ad tempus, et l. licet idcò ff. de man. testam.* in quibus locis actus, qui non valet, vt agitur, valet eo modo, quo geri potuit, etiam si plus contineatur in actu, qui geri potuit, prout declarat *Torniellus in d. §. si quis ità sub num. 6.* in secunda regula primæ regulæ affirmatiuæ, & decisio *Baldi in rubr. C. de constit. pec.* quæ omnia iura ab illis citata huic casui applicari posse, aduertit *Gallin. loco cit. sub n. 41.*

44 Hinc est etiam adnotandum, quod verba contractus debent trahi ad possibilem intellectum, *l. vlt.* & ibi *Bald. in summa, ff. de contrah. stipulat. §. post mortẽ, et seq. instit. de inut. stipulat.* Vndè duobus possibilibus positis in esse, quorum vnũ suadet contrarium valere, alterum verò non valere, debet attendi illud possibile, quod facit valere contractum *Bald. in l. sancimus, § si quis autem el 2. C. de donat.* & proindè etiam temporis limitati debet referri ad possibilem intellectum, etiam si necessè sit confugere ad impropriam significationem, *l. quibus diebus, §. etiam si Parente num. 5. vers. secundum corollarium, et Ias. num. 15. ff. de lib. et posth. Crauetta cons. 436. n. 19.* & post eos *Cardinalis Mantica de tacit. lib. 2. tit. 4. sub num. 25.*

45 Vlteriùs est notandum, quod si quis promiserit respondere certo in loco, intelligitur de responsione satisfactoria, non verò de promissione contradictoria, secundum *Bald. in l. eam, quàm in princ. ff. de fideicomm.* ne alioquin redderetur inutilis promissio, quia nihil interest stipulationis pactum apponi contradictorium *Mantica loco cit. sub num. 26.* pactum enim intelligi debet ne reddatur elusorium *arg. l. si Prætor in fine Princ. ff. de Iudic. et in l. vlt. ff. ne quid in loco publ. Crauetta cons. 460.*

Quando verò incertum est, quod principalitèr agere voluerint contrahentes, & an voluerint omni meliori modo valere, iuxtà primi articuli huius secundi principalis casus desuper præpositi intellectum, constituenda est contraria

46 regula, quod scilicèt actus, qui non valet, vt principalitèr à disponentibus geritur, non valeret etiam omni meliori modo, quia incertitudo, quæ vitiat quod principalitèr actum fuit, vitiat quoque quod omni meliori modo geri potuit, *l. duo sunt Titij, ff. de testam. tut. & l. si ità fuerit in princ.* vbi plura eiusmodi exempla cumulatiuè referuntur, *ff. de reb. dub.* hunc in modum intelligendus est *textus in d. cap. sub eadem etiam forma de post. prælat. in 6.* sic etiam vitiantur priuilegia, cessiones, & collationes proptèr incertitudinem, ità vt neque modo quo geruntur, neque quo geri poterunt substinentur, *Crauetta cons. 104. num. 11.*

43 Et circa secundum articulum, quando incertum est quid principalitèr agere voluerunt contrahentes, tamen certum quid agere potuerunt, & dixerunt actum valere omni meliori modo, & tùnc etiã non valet, vt agitur, nec vt valere potest omni meliori modo, ratione principalis dispositionis incertæ, cui nihil certi addere potest clausula illa, omni meliori modo, et est propriè casus, secundum *Gallin. loco cit. sub n. 46. & 47. d. cap. 1. §. sub ea etiam forma de post. Prælat.* & eorũ quæ scribit *gl. in d. cap. 2. in verbo incerta de elect. & elig. potest. in 6.*

48 Quod intellige si incertitudo versatur circa substantiam cõtractus, quia siquid substantiale deficit in totum corruit cõtractus *Bald. in cons. 301. n. 6. lib. 1.* cùm forma sit ea, quæ dat esse rei, *l. Iulianus § si is,* & ibi notat *Bald. ff. ad exhib.* & id eo si substantialia volunt obseruata, infirmus dicitur esse contractus, *l. 1. C. de præd. sine decret. d. § si quis ità, & l. an inutilis, ff. de accept. l. grecè, §. illud, ff. de fideiuss.*

dem ff. l. non dubium, C. de legib.

49 Secus si in aliquibus qualitatibus, quia tunc actus valet eo modo, quo valere potest, etiam causa incertitudinis, *l. si testamentum, C. de instit. & subst.* vbi si Testator hæredem instituerit sub infrascriptis conditionibus, quibus non adiectis, nihilominùs institutio valet, quia est certa *Crauetta conf. 147. num. 6.* Item in iudicialibus, parte non opponente, *l. edita, C. de edendo l. 1. ff. eod. Crauetta in consil. 120. sub num. 4.* vt in lege prohibitiua facere actum, quod non vitiatur actus, si prohibitio dirigatur ad qualitates, probant *Ias. in l. non dubium num. 20. Castr. & Bald. sub num. 11. C. de legibus.*

50 Et quod spectat ad tertium articulū, quando plures apparent coniecturę, quibus constat, disponentes voluisse facere actum omni meliori modo quo geri poterit, tùnc regula erit affirmatiua, quod actus, qui non valet vt agitur, valeat omni meliori modo, quo geri potest, ratio est, quia si disponentium voluntas verbis expressa operatur, vt actus omni meliori modo semper substineatur, sic etiam idē operari debet tacita voluntas, quæ ex coniecturis colligitur, *l. cùm res*, vbi *Ias. in 6. notabili de legat. 1. Zanch. in l. hæres mei, §. cùm ità in princ. notabili sub num. 137. ff. ad Trebell.* qui hanc extendit conclusionem in omnibus dispositionibus *Tiraq. in repet. in l. si vnquàm in verbo libertis sub num. 5. cùm seq. C. de reuocand. donat.* etiam si subsequatur annullatio actus *Crauetta conf. 296.* & coniecturæ erunt infrascriptæ.

51 Prima, per quam inducitur enixa voluntas in dispositionibus, veluti, quia sit stimulus naturalis ad perficiendum contractum, tùnc intelligitur ualere omni meliori modo, quo geri possit *glos. in l. cohæredi §. cum filia, ff. de vulg. & pupill.*

52 Secunda est coniectura ipsamet subiecta materia, quæ magnam solet præbere dubijs interpretationem, ut uoluit *gl. in l. eas causas, ff. de condit. & demonstrat.* ubi habetur, quod una dictio potest exponi pro alia, quando sic expedit *Ruin. in cōs. 3. sub n. 20. lib. 1. Crauetta conf. 31. n. 32. Menoch. de arbitr. lib. 1. quæst. 7. sub n. 18. & lib. 2. cent. 2. casu 199. sub num. 2.*

53 Tertia est coniectura fūdata in equitate, iuxtà *text. in l. in his, ff. de condit. & demonstr.* quam probabilē appellat *Bald. in conf. 411. lib. 1. Crauetta conf. 135. num. 37.* interpretationem eam esse faciēdam, quæ maiorem continet benignitatem, probat *text. in l. vlt. C. qui bonis cedere potest*, sic ea ratione facienda est interpretatio, non ex cortice *Bald, in conf. 77. col. 2. lib. 2. Crauetta conf. 263. Mantica loco cit. sub num. 70.*

54 Quarta est coniectura, quæ à prudentioribus reprehendi non potest, *l. Iulianus Arist. ff. de legat. præstand. Soccin. sen. conf. 1. col. 4. lib. 3. et conf. 72. n. 8. Crauetta conf. 3. n. 27. et conf. 5. n. 14.* & quæ magis est consentanea cùm communi *Brun. conf. 135. num. 10.* & quæ uerisimilior, & iustior ex uarijs scripturis sumitur *Crauetta conf. 70. num. 14.*

55 Quinta est coniectura, quam consuetudo loci recipit *Decian. resp. 44. num. 23.* qui respondet, consuetudine omnem dispositionem interpretari, nec consuetudo hæc necessario debet esse præcisa: cùm sufficiat sola eius obseruantia *Castr. conf. 147. col. vlt. lib. 1. Decian. conf. 116. col. vlt. Crauetta conf. 261. num. 12. et conf. 294. num. 14.* sequitur *Menoch. loco cit. sub num. 11.*

56 Sexta erit optima coniectura, quę casum magis necessarium comprehendit *l. in his, §. sed, et si fortè, ff. de solut.* Vndè quando constat de uoluntate Domini, qui uoluit posse dispensare, ista potestas referri debet ad tempus, quo magis necessaria est, ut patet apud *Crauettam cōs. 135. sub num. 34. et conf. 272. num. 4.* ubi ponit casum de conuentione magis necessaria circa fideiussorem promittentem se facturum, & curaturum, quod reus stabit iuri, & quod iudicatū soluet.

57 Septima est coniectura, quæ sumi potest ex iuramento ab ipsis dispositionibus eidem actui adiecto, iuxtà *text. in l. cùm Pater §. filius ff. de legat. 2.* adnotauit *Gallin. loco cit. sub num. 59.*

58 Octaua est coniectura, quæ actui, qui geri potuit conueniat: actui vero nominato non sit applicabilis, vt *in d. l. si tàm angusti ff. de seruit. tit. gen. & in l. via ff. de seruit. rust. præd. & in l. insulam ff. de præscript. uerb. §. 1. instit. de locat.*, quia magis attenditur quod verè agitur, quàm à par-

à partibus verbis concipitur *l. si uno loco l. insulam ff. de præscript. uerb. l. 3. C. de liber. præterit. et cap. intelligentia de uerb. oblig.*, et fortior est coniectura ab opere, quàm à verbo *Gallin. loco cit. sub num. 62.*

59 Nona est coniectura, quæ vtrique parti magis satisfit *l. adoptiuus §. 1. ff. de ritu nupt. Bald. in l. bonorum q. 7. C. qui admitti. Afflict. decis. 273. in fine, Crauetta cons. 201. num. 16. et cons. 301. num. 4.* ratio est, quia illa recipi debet magis interpretatio, qua contrahentium alter damnum non patiatur *l. 3. §. 1. ff. de arbitr. Menoch. loco cit. sub num. 16.*

60 Decima est coniectura, quæ à proximis non à remotis desumitur, quoniam, quæ à remotis deducitur, quamuis maxima, contraria coniectura tollitur *Soccin. Iun. cons. 128. num. 169. lib. 1.* ex quo vt clauis clauem repellit, sic vna præsumptio aliam tollit *l. diuus ff. de in integr. restit. l. cùm solum ff. de ritu nupt.*, vt hæc et alia adducit *Menoch. in loco cit. sub num 20., et apud Manticam loco cit. nu. 70. usque ad num. 85.*, vbi refert quindecim deductiones in materia explicationis contractus, quem consule in occurrenti casu.

61 In quarto articulo principalis quæsiti casus, quando concurrant coniecturæ plures, vel efficaciores, quibus arguatur disponentes voluisse actum valere nisi eo modo, quo geritur; tùnc etiàm negatiua est constituenda regula, quod actus, qui non valet eo modo, quo gestus est, non potest etiàm substineri, vt geritur, ratione ex contrario sensu, de quo supra arguendo, et contrarius secundum *Gallin. loco cit. sub nu. 66.* exemplum quando per aliqua verba partes se restrinxerunt ad illum actum tantùm, qui gestus est pro vt est gestus, quamuis eo modo substineri non posset, tùnc nec alio substinetur modo, et verba sufficient ad hoc, quādo demōstratiua ipsius actus adesset: veluti promittis mihi stipulanti, vel vendenti etc., pro vt intelligunt *d. §. si quis ità, Doct. in d. l. 1. §. cùm qui C. de constit. pecun.* vbi expressa sunt illa verba *mihi stipulanti*, secundum *Gallin. loco cit. sub num. 69. in fine*, qui *sub num. 71.* confirmat nihil interesse si dictum fuerit *mihi stipulanti*, siuè partes volentes se per stipulationem obligare, vel efficaciùs volentes contrahere, et deuenerunt ad hanc conuentionem, præcedente interrogatione, et subsequente responsione absoluta; Quia formulæ istæ loquendi sunt symbolæ, et modus non attenditur vbi effectus indenditatis habetur *d. l. de quibus ff. de legib.*, et maximè si actus, qui geritur contineret odiū, qui si non ualet ut geritur, nec ualere potest, ut geri possit omni meliori modo ut *in l. quod si nepotes ff. de testam. tut. et in §. fin. instit. qui testam. tut. dar. poss.*

62 Et in ultimo articulo relato a *Gallinio sub num. 74.* quando scilicèt coniecturæ sunt pares, constituenda similitèr est regula affirmatiua, pro vt supra dictum fuit in secundo principali casu, ut ualeat, et debeat interpretari, omni meliori modo, quo geri, et ualere possit, & in istis terminis intellexit *Gallin. text. in cap. 1. §. 1. de despon. in pub. lib. 6.* & exempla erunt eadem adducta in *d. casu primo*.

63 Nec obstat regula, quæ se habet, quod in conflictu rationum media via est eligenda *§. vlt. instit. de vulg. & pupill. subst. l. ex hoc Titius, aliàs Tiberius ff. de hæred. instit. l. adeo §. cùm quis ff. de acqrer domn.* quia respondet *Gallin. d. loco in fine* mediocritatem complectendam esse quando per eam actus principalis, qui geritur, substinetur, vel quando mixtura illa, quæ per mediocritatem inducitur, nō habet in se repugnantia respectu actus principalis, quod alitèr est, quando mediocritas actum pro parte destrueret, & consequentèr: cùm flexibilitas esse debeat ad vnam ex partibus, inclinandum erit ad eā, per quam actus substinetur, vt in locis desuper citatis.

64 Et sic ex suprapositis generalibus regulis habes, vt possimus deuenire ad singulares inspectiones, & tractatus symbolos circà contractus, & ante omnia inspiciendum, stipulationes, & contractus posse stipulari omni lingua, dūmodo contrahentes se intelligant saltim per verum interpretem, vt in *l. 1. §. fin. ff. eod. l. grecè ff. de fideiussor. l. blanditus C. eod. tit. & l. an inutilis §. fin. ff. de accept. §. in hac re instit. de uerb. obligat.*

Nec

65 Nec obstat, quod stipulatio iuris ciuilis est §. *de constituta instit. de act.* & ciuilibus verbis, directiuè concipi debet *in d. §. in hac re in princ.* ergo non alia quàm latina, vel Romana lingua celebrari debet, vt *in institutionibus*, *et legatis dispo suit Vlpianus in fragm. tit. 25. uers. itèm grecè, et text. in l. qui Testamento §. ueteres ff. de testam.*

66 Quia respondetur, quod ideo stipulationes, et contractus omni lingua concipi possunt, ex quo promiscua sunt negotia inter omnes nationes, et proindè maxima fuit exorta vtilitas, ne in defectum non intellectæ linguæ remaneat incelebrati contractus, fuit propterea introductum, vt quouis idiomate contrahi, & stipulari possint: cùm hoc spectet potiùs ad ius gentium, quàm ad ius ciuile, quemadmodùm stipulationes ab eodem iure gentium scaturiant; licet respectu formæ sint de iure ciuili, quæ quidem forma non consistit, quibus fiãt symbolis verbis, sed quomodo fieri debeant, accedentibus interrogatione, & responsione, placuit proinde ob communem vtilitatem quocumque idiomate formam illam concipi posse; quod aliter est in testamẽtis, quia in institutionibus, & legatis omnino latinè dũtaxat verbis ordinari debẽt dispositiones vel lingua materna, quæ etiàm latina apud nos est, ex quo verba ciuilia hic necessaria sint *l. vlt. C. de testam.* secùs in fideicõmissis, quæ habent originem à Iure Prætorio, & proinde quo ad conceptionem sunt symbola cùm stipulationibus *l. hac consultissima §. fin. C. de testam. d. l. vlt. C. de testam. tut.*

67 Est benè verùm, quod concipitur aliquando aliqua suspitio, quando scribi potest in lingua materna contractus, & scribitur extranea, veluti si francus scriberet hispanico idiomate, vel è contrà: cùm possit sua scribere lingua, & latina communi, vt patet exemplum apud eruditum *Caforam Peregr. quæst. lib. 1. quæst. 5. sub num. 16.* & sic intelligenda est *l. decreta ff. de re Iudicata*, quia ob maiestatem magistratuum latinè potiùs, vt grauius loqui oportet, non alia lingua communi *teste Valerio lib. 2. tit. de instit. antiq.* licet Greci ex gratia possent sententias, & decreta lingua adnotare greca, & scribere iuxtà adnotata per *Piccard. d. §. in hac re vers. vtrum autem in fine.*

68 Habes etiàm ex prædictis, quod testis tanquàm ambiguè, & obscure deponens non releuat *cap. in præsentia de probat. l. vbi autem non apparet §. quod illud ff. de verb. oblig.* nisi quælibet pars alternatiuè concluderet, & fundaret intentionem producentis *l. quod si dubitet ff. de acq. hæred. l. Gallus §. et eius ff. de liber. & posth. cap. 3. loco de testam. & cap. ex parte de rescript.* quod procedit, vt etiam non probet contrà producentem, etiàm in casu fauorabili, iuxtà notata per *Alex. cons. 132. sub num. 1. uol. 4.*

69 Habes prostremo, quod vbi nulla ratio exprimitur, tùnc illa habetur pro expressa, quæ tacitè sub intelligitur tàm in legibus, quàm in statutis, quàm etiam in testamentis, vt est *text.* valdè celebris in *l. quamuis C. de fideicom. in uers. intelligi potest*, & dicetur interpretatiua, intellectiua, & extensiua, quia intellectus, & ratio idem sunt, optimus *text. in l. quoties C. de fideiuss.* vbi *Bald. dicit*, quod cùm vna sola ratio reddi potest illa habetur pro expressa *Abb. in cap. fin. de re iudic. Bart. in l. maximum uitium C. de liber. præt. gl. in l. tale pactum §. fin. ff. de pact.*, quod cessat in contractibus, vel rescriptis, qui tanquàm stricti iuris, sunt strictè intelligendi *l. quicquid astringendæ ff. de uerb. oblig. l. ueterib. ff. de pact. cap. significauit cap. Rhodulfus, & cap. significante de rescript. cap. non solum ff. de offic. deleg.*, & an si in rebus ambiguis sit facienda interpretatio, debeat fieri fauore proferentis, vel contrà obligatum, vide pulchram resolutionem apud *Arias de Mesa uar. resolut. lib. 3. cap. 16. per totam.*

ARGV-

Digitized by Google

ARGVMENTVM.

Contractus in dubio an sit venditi, vel permutati, & notatur discrimen inter vtrumque. Quid in commistione vtriusque ad intellectum textus in l. pretij causa, C. de rescind. vendit. & an, & quando symbolizentur ad inuicem.

SVMMARIVM.

1 *Contractus innominati an antiquiores contractibus nominatis.*
2 *Abraham emit agrum pro sepeliendo mortuo suo.*
3 *Iacob quando emit primogenituram ab Esau.*
4 *Contractus inter Iacob, et Esau primogenituræ an fuerit permutatio, vel venditio, & num. 9.*
5 *Permutatio aliquando in Sacra Scriptura nominatur venditio.*
6 *Pecunia vsus quando adinuentus.*
7 *Emptio à quo denominatur.*
8 *Ioseph venditus per fratres Ismaelitis pretio triginta argenteorum.*
10 *Contractus vt talis sit, quid inspiciendũ.*
11 *Contractus dignosci potest ex pactis in eo appositis.*
12 *Vendens insulam cum pacto vt aliam faciat, an contrahat venditionem.*
13 *Locatio pro certa specie an sit locatio.*
14 *Notarius dans nomen contractui non alterat naturam contractus.*
15 *Permutatio an sit dignior venditione.*
16 *Contractus venditionis an sit fauorabilior contractu permutationis.*
17 *Contractus permutationis est bonæ fidei.*
18 *Res antiquiores pecunia.*
19 *Pecuniæ vsus cur adinuentus.*
20 *Permutationis contractus dignior, & vtilior venditione.*
21 *Contractum inter emptionis, & permutationis discrimen.*
22 *Contractus permutationis, & venditionis commixtus, cuius generis sit.*
23 *Res tradita loco pretij, in quo genere contractus sit.*
24 *Acatius Antonius Ripoll. var. resolut. cap. 11. sub num. 9. notatur ab auth.*
25 *Mantica de tacit. & ambig. lib. 14. tit. 19. num. 7. vers. secundo non obstat sub obscure interpretauit text. in l. pretij causa, C. de rescind. vendit.*
26 *Antonius Piccardus in §. pretium sub num. 17. instit. de empt. & vendit. confutatur ab authore.*
27 *Fictio translatiua pretij de persona ad personam quid requirat.*
28 *Text. in l. pretij causa, C. de rescind. vẽdit. declaratur ab authore.*
29 *Text. in l. dedi tibi pecuniam 16. ff. de condict. & l. naturalis 5. §. & si quidem, ff. de præscriptis verbis conciliatio.*
30 *Contractus neuter in quo sit symbolus.*
31 *Expressum, & tacitum continetur in qualibet legis dispositione.*
32 *Permutans tenetur facere rem accipientis, secus emptor.*
33 *Euictio quando detur in permutatione.*
34 *Hypothecaria quando competat in euictione.*
35 *Æqualitas in valore pretij, & rei an causet emptionem, vel potius permutationem num. 36. & 37. & 38.*
39 *Permutatio est nomen analogum.*
40 *Contractus non potest esse promiscuus sicut hyrcus ceruus.*
41 *Text. in l. 1. C. de rer. permut. explicatur.*
42 *Text. in l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit. explicatur.*
43 *Text. in l. cùm te, C. de pact. inter empt. explicatur.*

CAP. XI.

1 QVamquàm contractus innominati antiquiores sint contractibus nominatis, prout probat *text. in l. ex hoc iure, ff. de iust. & iure*, uoluit *Ripoll. var. resolut. cap. 11. in princ.* adnotauit *Piccardus in §. item pretium num. 10. de empt. & vẽ-*
2 *dit. instit.* tamen si inspexerimus *Sacrum Codicẽ Genes. cap. 23.* inueniemus Abrahã emisse agrum pro sepeliendo mortuum suum

suum ab ephron quatrigentis siclis argē-
ti probatæ monetę publicę, & licèt Esaù
3 permutauerit primogenituram suam cū
Iacob, tamen contractus ille fuit multo
post emptionem factam ab Abraham
eorum Auo, & videtur etiam legi *in Sacro Textu Gen.25.in fine*, contractum illū
4 fuisse venditionis, ibi, accepto pane, &
lentis edulio, comedit, & bibit, & abijt
parui pendens, quod primogenituram
vendidisset, & tamen cōtractus fuit per-
5 mutationis panis, vinis lentis edulij cùm
primogenitura, & fuit contractus inno-
minatus *do, ut des* distinctus à contractu
emptionis,& venditionis,qui est contra-
ctus nominatus, *l.naturalis, §.1.ff.de contrah.empt.l.1.ff.de rer.permut. §.item contractus venditionis*, ibi, *vende mihi primogenituram*, cùm rei veritate fuerit,
contractus permutationis.
6 Non enim dici poterat, quod nō ade-
rat adinuenta pecunia eo tempore: cùm
iam probauimus, Abraham ante eos pe-
cuniam impendisse,aut affirmare valere-
mus ante pecuniæ vsum rem pro re per-
mutationem dictam emptionem fuisse
7 ex significatione verbi,emptio,quod in
greco verbo, *emon*, tractum significat si-
bi acquirere, & comparare, vt exposuit
Piccard.loco paulante allegato, non inquā,
quia frequentior erat vlteriùs contra-
ctus emptionis,& venditionis, vt assiduè
probatur *in dicto Sacro Codice cap.37.*vbi
8 apparet venditio Ioseph Ismaelitis per
fratres suos prætio triginta argenteorū,
ac rei veritate secundum *Diuum Augustinum enarrat: ad psal.46.folio 142. lit.D. vol.* 8. verus permutationis contractus
fuit inter Iacob, & Esaù, ibi, desiderauit
lenticulam, & ait illi frater eius, si vis vt
dem tibi, da mihi primogenita tua, ecce,
contractus fuit innominatus *do, vt des*,
& probatur *in l.naturalis 5.ff.de præscrip. verb.*& quod magis specificè, quia in-
tercessit species pro specie, & sic permu-
tatio fuit species subalterna contractus
generalis innominati, *do, vt des*.
9 Dic quod quoad effectum nominis
contractus ille fuit venditionis, quia sic
intellexerunt contrahentes, qui volue-
runt desumere contractum à nomine,
tametsi ratione sui quidditatis fuerit ve-
ra permutatio, & æquiualentiæ non rei,
& prætij, sed rei, & rei, prout esse debet
contractus permutationis, *Mantica de tacit.lib.25.tit.25.num.2.*ad iudicandum
cuius generis sit contractus,non solum
10 in specie debemus nomen à contrahē-
tibus expressū, sed quod magis formā,&
effectum inspicere: Imò potiùs inspicitur
forma,&effectus,quam nominis appella-
tio,*l.in solam,ff.de præscript.verb.l.si vno in princi.ff.de loc.& cond.& l.si olei iuncta gl.C.eod.tit.Abb.in cap.illo nos in 4. notab.*
11 *de pign.* vbi notat in cognoscendo spe-
ciem alicuius contractus magis debere
attendi pacta in eo apposita,quàm nuda
verba *Bero conf.168.num.17.lib.1.D.Reg. Rouit.decis.21.num.10.* qui alios cōgerit.
12 Hinc est,quod si aliquis alicui vendi-
derit insulam, hoc pacto, vt emptor aliā
reficiat non erit emptio, & venditio,sed
cōtractus innominatus *do,vt facias,d.l.insulam vbi Ias.ff.præscript. verb.* vel si quis
fructus annuos locauerit pro certa olei
13 ponderatione,non erit locatio, quam-
uis nomen à contrahentibus expressum
fuerit, sed est contractus innominatus
*d.l.olei cum gl.C.loc.& conduct.*aut si facta
sit locatio prædiorum pro sex modijs
frumenti soluendis quolibet anno,non
dicitur contractus locationis, sed inno-
minatus, quia merces, vel pensio in cō-
tractu locationis debet esse in pecunia
numerata, vt *per Bellon. conf.45. num.5.*
14 & fusiùs in subsequenti titulo,quod ta-
litèr erit etiam si Notarius scripsisset vē-
ditionem,& notare voluerit permutatio-
nem,vel è contrà, quia tùnc nec inspici-
tur nomen contractus, sed substantia, &
secundum id, quod est, iudicari debet,
Bald.in l.1.num.5. C.de rer. permut. & sic
de singulis.
15 Cæterùm negari non potest permuta-
tionem potiùs in dubio præsumi, quàm
venditionem vt notat *Bart.in l.1. num.7. in fine, ff. de rer. permut.* quia est contra-
ctus nominatus *per l. 1. ff. de æstim. act. Ias.in suis præludijs feudalibus vol.3.n.25. & in l.1.ff.de rer.permut.Maxilla ad consuetud.Barens.rubr. ius protb. vers. in permutationibus sub num 5.*
16 Nec obstat, quod contractus vendi-
tionis est fauorabilior contractu permu-
tationis,ergo in dubio potiùs ille præsu-
mendus est,quàm iste,secundum *Bald. in*

præl'ud.feud. num. 11. *in fine.* & sequitur
Guid.Papa decis.92.in fine.

Quia respondetur, quod imò permu-
tatio est fauorabilior, & est etiam con-
17 tractus bonæ fidei, *l.2. C.de rer. permut.*
§.act.instit.de act.Ripa in l.2. in princ.ff.si
cert.petat. in prima enim gente, & in pri-
18 mis negotijs fuit naturalis vsus permu-
tationis, ex quo prius fuerunt res, quæ
naturalitèr nascebantur, & deseruiebant
gentium vsui, quàm inuento pecuniæ
recesserunt verò gentes ab illo modo cō-
trahendi propter inæqualitatem rerum
secundum *Molinum Theologum de iust.*
19 *& iure, tract.2.disputat.336.* & proindè
conati fuerunt vsum pecuniæ adinueni-
re, vt dictæ inæqualitati prouiderent, as-
signando pecuniam pro mensura cæte-
rarum rerum in valore, & æstimatione,
Paulus in l.1, ff.de contrab.empt. Arist. lib.
5.ethic. cap. 5. Afflict. de iure prothom. in
verbo licet enim, vers. sed item hoc quæro.
20 Insuper contractus permutationis est
dignior, & vtilior venditione *Magon.de-*
cis.flor.33.n.51. & ab ea vēditio originē
habuit *Paulus in l.1.C.de contrab.empt. &*
in l.fin.C.ex quibus caus.in possess.eat.Surd.
decis.257.num.4. Menoch.cons.88.num.22.
Mascard.de probat. conclus.1425.n.8. ergo
magis præsumendum, quod vtiliùs est
Decian.respons.59.sub num.2.vol.1.
21 Quod hoc sit verum patet ex eorum
discrimine, in permutatione enim pecu-
nia nulla interuenit, cùm in ea res pro re
detur, in emptione vero prætium pro re
necessariò intercedere debet, *l. 1. ff. de*
contrab.empt l.2.§.pen.ff.de contrab.empt.
Item emptio perficitur, & contrahitur
nudo consensu *d.l. 1. ff. de contrab. empt.*
permutatio verò rei traditione concipi-
tur, *l.ex placito, ff.de rer. permut.* Rursùs
emptio non transfert dominium, nisi se-
quuta demùm traditione, & licèt secuta
traditione, nisi etiam prætium solutum
sit, aut fides habita de eo, *l.quod vendidi*
19.ff.de contrab.empt. §.vendita instit. de
rer. diuis. permutatio verò transfert do-
minium: cùm à traditione incipiat, nec
quicquam vlteriùs exigit vltra traditio-
nem. Item alienæ rei venditio valet quā-
tùm ad contrahendas inter emptorem,
& venditorem empti, venditq; obligatio-
nes, quatenùs res vēdita ab emptore au-
ferri possit, *l. rem alienam. ff. de contrab.*
empt. permutatio alienæ rei nullatenùs
fieri potest *d. l.1. ff. de rer. permut.* Vndè
permutationis contractus adeò sincerus
esse debet, vt nec aliquid addat syllaba,
quàm eius nomen, & substantia non im-
mutetur, & ab ea originem traxit con-
tractus emptionis, & venditionis *d. l. 1.*
quò fit, vt, & si suprapofita, et alia inter-
cedant discrimina inter venditionem, et
permutationem, vt *in gl. in l.2. C.de rer.*
permut. vt puta in venditione alius est
emptor, alius venditor, in permutatione
vero hoc discerni non potest, tamen non
per hoc negari valet, vt inter vtramque
speciem non sit adeò symbola causa, vt
vix dignosci possit vtra sit ipsa, quia
vtraq; conuentio est bonæ fidei, *§.actio-*
num instit.de act. l. 2. C. de rer. permut. et
utrique usucapiendi paratur causa *d.l.1.*
C.de rer.permut. ex utraque euictio, et re-
dibitio nascuntur *l.sciendum, §.pen.ff.de*
edilit.edict.d.l.1.C.de rer.permut. utraque
est bonæ fidei, *§.actionum instit. de act.* et
synonima esse eorum nomina, dixerunt
aliqui, inter quos *Plinius lib.33. cap.1. &*
Homerus, Plato, & Arist. in locis citati à
Petro Gregor.Thol.Syntagm. iur.ciuil. vni-
uer. lib.25.cap.12.nu.3.in fine, ergo si in
contractu inter Esaù, et Iacob nullus pe-
cuniæ ualor fuit consideratus, et res dū-
taxat intercesserūt, et si promiscuè sit no-
minatus cōtractus ratione maximi sym-
boli; attamen rei ueritate, secundum na-
turam, et substantiam celebrati contra-
ctus, permutatiò fuit potiùs, quàm uen-
ditio, quia habuit effectum contractus à
traditione lentis cùm primogenitura,
et è contrà primogenituræ cùm lenti, et
proindè non poterat se penitere Esaù,
prout se penituit, et ob pœnitentiam ha-
buit in despectum Iacob.
22 Sed ecce contractus emptionis, et
uenditionis commiscetur cùm contra-
ctu permutationis, quærendum, quod
genus contractus exhindè resultare ui-
detur, et dicendum, quod quando præ-
tium in conuentione accessit, sed in solu-
tione loco eius datur merces, tùnc du-
bio procul erit semper contractus em-
ptionis: cùm nihil referat, consumato cō-
tractu uenditionis, qui re, uerbo, et præ-
tio perficitur, si postmodum loco prætij
res

res traditur ad *text. in l.pretij causa, C. de rescind.vend.*

23 Difficultas benè uerum consistit, in quo genere contractus scilicet sit res illa, quæ datur loco prætij an uenditionis, uel potiùs permutationis. Effectus erit maximus exhindè resultans: nàm si res illa erit in genere uenditionis, de ea solui deberet gabella in uenditione imposita, et si res stabilis, habebit in ea locum ius retractus, quod secùs erit si contineretur in genere permutationis, ut notauit ad proprium contractus dubij, *Mantica de tacit.lib.23.tit.2.in fine.*

24 *Acatius Antonius Ripoll.var.resolut.*& si hanc eandem excitet quæstionem *dicto in cap.1.sub num.9. vers.secundo quæritur:* tamen iudicio meo, non rectè videtur hoc dubium resoluisse, quãdo dixit, mercedem tradi posse loco prætij, & non immutari substantiam contractus venditionis: cùm hoc est etiam quod dicit *text.in d.l.pretij causa*, & consequentèr reliquit irresolutam quæstionem de re illa, quæ traditur loco prætij, in quo genere contractus sit, ex eo, quia res primo loco vendita benè adæquatur cùm prætio, nõ verò res secundo loco tradita vice prætij symbolizatur in contractu venditionis cùm dicta re vendita, sed potiùs in contractu permutationis ad singularem *text.in l.dedi tibi pecuniam, ff. de condict. caus.dat.* vbi habetur, quod quando ex parte dantis rem pro pecunia, intercedit res loco pecuniæ, non dicitur contractus emptionis, sed benè permutationis.

25 *Mantica de tacit.& amb.lib.4. tit.5. sub num.7.vers.secundo, non obstat*, nec videtur submouere obstaculum, quando respondit sufficere à principio fuisse conuentum de prætio in pecunia numerata, licèt postmodum loco prætij res data sit insolutum, & idcò magis conuentio, quàm solutio *l.2.ff. de contrah. empt.* ex quo propositum contrahentium debet obseruari *gl. in l.2.in princ. ff.si cert.petat.* quia benè diceret ipse quoad rem secundo loco traditam loco prætij conuenti, quod quidem prætium referri debet ad actum venditionis primo loco factæ, nõ verò traditionis rei loco ipsius.

26 *Antonius Piccardus in d.§.pratium el 1. sub num.17. vers.quibus*, sic eiusmodi solutionis rationem adducit, quod quando loco debitæ pecuniæ ex vtriusque partis consensu species datur vno actu, & perficitur vetus contractus, & nouus alius celebratur, ex quo videtur, debitorem priùs soluisse creditori pecuniam, deinde creditorem eandem pecuniam debitori dedisse, & rem illam ab eo consequeretur, qui circuitus vt euitetur, vnus actus occultatur arg.*l.3.§.sed si debitorem ff. de donat. inter vir. & vxor.* & stante fictione solutæ pecuniæ venditori, de qua fuit conuentum, mirùm non est voluisse contractum, licèt pecora fuissent soluta, quæ eadem illa quantitate à venditore empta censentur, *l. si prædium. C.de euict.* & exhindè tali in casu *d. l. pretij causa* duplex sine dubio debetur fisco gabella cùm duplex fuerit venditionis contractus, secundum *Lasarte de decima vendit.cap.11.num.51.* quæ ratio licet videatur aliquantulum stringere, non tamen negari potest, quod non concurrant eodem in subiecto duæ fictiones ab eodem contractu deriuantes. Vna scilicet quando fingitur pecuniam solutam ab emptore venditori, & altera quando eãdem pecuniam à vẽditore emptori, quæ tanquàm plurima singularia concurrere prohibentur in iure, *Faber in eius Codic. tit.de acquir.possess. defin.6.sub n.6. & defin.39. sub num.5. Barbat. noster de assist. gl.7.sub num.66.* nec dici potest, quod hæ duæ fictiones dependent à diuersis principijs, scilicet à duobus contractibus emptionis, & venditionis, & proindè non concurrere regula, quia re vera, vnum est emptionis principium, vt limpidè probatur *in d.l.pretij causa*, quia res loco prætij tradita est consecutiua ad executionem contractus olim inter emptorem celebrati, & venditorem, vt meliùs explicat *Mantica lib.2.tit.7.sub n.5.& seq.*

27 Rursus fictio translatiua prætij de persona ad personam requirit extrema à quo, & ad quod habilia vtroque tempore, quorum si quod deficit fictio non procedit, vt docet *Bart. in l.si is, qui pro tempore, ff. de vsucap. Decian. resp. 247. num.3.& 4. D.Reg.Galeota contr.iur. lib.1. contr.26.num.14. Neguʃ.de pign. 5.parte membr.2.num.40.* quæ habilitas considerari debet, tàm respectu rei, quàm per-

O 2 sonæ,

sonæ, in qua fundari debet contractus, atqui nullum habile extremum inuenit fictio translatiua prætij, non de persona venditoris ad personam emptoris, quia dictum prætium realitèr remansit penes venditorem, & sic quando in eodem subiecto concurrunt veritas, & fictio, veritas præualet ficti oni, non vlterius è contra, quia tùnc darentur duæ fictiones incompatibiles, vt supra diximus, nèc respectu rei ad rem, ex quo tùnc esset dubio procul contractus permutationis, vt in *l. naturalis ff. de præscript. verb.*, & hæc fictio introducitur ab homine, qui fingere non potest *Bart. in l. si quis pro emptore quæst. 1. ff. de vsuc. in rubr. ff. de verb. sign. sub num. 17.*

28 Nos verò dicimus, vnicam esse venditionem regulatam ratione symboli: quēadmodum emptio, & permutatio symbolæ sint *l. fin. ff. ex quib. cauf. in poss. eat. Afflict. decis.* 339., & quia magis adequatur res permutata cùm prætio rei venditæ symbolo contractui venditionis, ex quo permutatio illam vicem obtinet venditionis, eique est proxima *l. 2. C. de rer. permut. & ff. eod. tit. l.* nihil mirum si res data loco prætij conuertatur in emptionem illam, de qua principalitèr, & adequatè fuit actum intèr partes, ceù proxima, & apta conuerti ad suum quod magis est *Tiraq. de retract. lignag. §. 1. gl. 14. num. 28.* atqui magis est contractus venditionis, de quo principalitèr actum fuit cùm accessu rei, & prætij, quàm contractus permutationis, in quo res dumtaxàt loco prætij intercedit, igitur ratione adequationis, & proportionis magis est, vt res tradita loco prætij symbolizetur cùm contractu venditionis, quàm cùm contractu permutationis ratione minoris adæquationis, & potentiæ eiusmodi vltimi contractus, & hanc opinionem comprobare videtur *Abb. in cons. 15. in princ.*, vbi dicit, quod vbicumque ex vno, eodemque contractu interueniunt duæ species contractus, seù duo proportionabilia diuersis contractibus, iudicandus est contractus a principali intentione contrahentium, & sic res illa, quæ datur loco prætij non fingitur tradi in aliam venditionem, sed occultatur non minus si res daretur inferioris prætij, quàm pecunia ad euitandum pluralitates contractuum, de qua re vlla debet solui' gabella, tanquàm ab vnico indiuiduo venditionis dependeat, non verò à duobus distinctis, vt malè voluit Piccardus, & faciunt ad propositum adducta per *D. Reg. de Ponte cons. 2. sub num. 80 vol. 1.*

29 Et ad *text. in d. l. dedi tibi pecuniam ff. de condict.* dicimus, illum magis pugnare cum textu in *l. naturalis §. & si quidem pecuniam ff. de præscript. uerbis*, vbi ex diametro contradictionis inuenies in prima esse contractum innominatum *do ut des*, & in secunda esse contractum venditionis, & emptionis, *Celsus* enim dixit, *dedi tibi pecuniam, ut mihi stichum dares, utrum id contractus genus pro portione emptionis, & uenditionis est, an nulla hic aliam obligatio, quàm ob rem dati, re non secuta, in quo proclinior sum, & ideo si Mortuus est stichus repetere possum, quia ideo tibi dedi, ut mihi stichum dares*: Vnde ait cælsus, contractum fuisse innominatum *do ut des*; non verò emptionem, & venditionem, licèt pecunia intercessisset. *Paulus* verò in dicto §. *& si quidem*, dixit, *& si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio, & uenditio est*, ecce quomodo bene pugnant intèr se Celsus, & Paulus.

Hanc notabilem iurium antynomiã conciliare intellexere antiqui glosamites, vt scilicèt Celsus loquutus sit, cum pecunia in specie detur, hoc est certa species pecuniæ! *Paulus* verò cum detur pecuniæ quantitas simplicitèr, & sic secundum *Celsum* contractus est innominatus, cùm ità conuenctum sit, vt ex vna parte res detur, ex altera pecunia, quia tùnc creditor non tenetur dare, dominium scilicèt transferre, sed benè tradere *l. 4. ff. de vsur.*, & secundum *Paulum* cùm pecunia detur, vt res tradatur, quia verbum *accipere*, commune est, potest tamèn accomodari tàm ad dationem, quã ad traditionem, & hanc interpretationem post *Bart. Castr.* cæterosque plurimos *in d. l. dedi tibi* sequutus est *Zasius in antynom. solut. parte 2. col. 2. aduersus Coras. lib. 2. Miscell. cap. 9.* dissentientem ab eis, putantemque Pauli responsum accipiendum; cum pecunia pretij nomine,

mine, siuè tanquàm prætium detur, & Celsi: cùm pecunia simplicitèr detur non loco prætij, secundum *Alciatum in l.2.num.24.ff.si cert.petat.* & sequitur *Federic.Scot. ibidem num.* 130. quam etiam confutat *Facch. contr. iur. lib. 2. cap. 59. vers. sed continet*, ex quo semper fuit differentia intèr verbum *tradere*, & verbum *dare*, vt in §.*sic itaque instit. de act. l 4. ff. de vsur.*. ergo non est scrupulosa verborum indagatio, & verbum *accipere* intelligi secundum subiectam materiam, aliquando denotat dominij translationem, aliquando verò non, prout in vtroque iurium casu adaptari debet, nec *dare*, verbum semper importat dominij traditionem in venditione, nisi accedente contractu stipulationis, rem dari, quæ præcedentem obligationem non nouat, ex quo non est verisimile plus venditorem ex stipulatione promittere voluisse, quàm iudicio empti præstare teneretur, tota hæc iurium interpretatio facillimè superstitiosa videbitur, quãdo alitèr apparebit virtus in rebus, quã in verbis, & Celsi, & Pauli responsis adhibita.

Nec subtilis Piccardi interpretatio placet in *d.§. itèm prętium instit. de empt. & vendit.*, qui dicit conuentionem scilicèt, *pecuniam do, vt rem accipiam* semper regularitèr emptionem esse, alitèr dicendum, quando in contractu intercedit res, & pecunia inconfuso, nec sciatur cuius maioris existimationis sit res, an prætium, quæ dantur pro re emenda, vel permutanda, tùnc enim ex quo concurrunt diuersæ qualitates, facile de vna ad alteram conuertibiles, magis æquum erit, vt venditio conuertatur in permutationem, ceù contractum magis naturalem, quàm è contrà, accessit enim prætium in contractu, ibi, *pro portione emptionis, & venditionis*, ergo non fuit totum prætium in pecunia, sed portionalitèr cum eadem re supposita inconfuso pro sticho reddita, aliàs verbum illud, *proportione* staret in suspenso, & deseruiret de vento.

Quia talis expositio est mera extranea, & intolorabilis: cùm verbum illud *pro portione* non stat in textu, nec quantitatiuè, nec quotitatiuè quo ad prætium ad rem, sed bene exemplificatiuè, quo ad contractum venditionis, & permutationis, ex quo Celsus quæstionem mouet, dicendo, *dedi tibi pecuniam, vt mihi stichum dares*, ecce casus, *vtrum id contractus genus pro portione emptionis, & venditionis est, an vlla hic alia obligatio est, quam ob rem dati, re non sequuta*, & ecce quæstio, an scilicet portio sit in prædicamento emptionis, vel contractus innominati, vt patet ad literam, subsequitur Celsi solutio, ibi, *in quo procliuior sum*, idest in illo vltimo quæstionis periodo; nempè contractus innominati, quo dubio resoluto per Celsum, respondet ipse, *& ideo si mortuus est stichus, repetere possum, quia ideo tibi dedi, vt stichum mihi dares*, ergo verbum in litera *text.* expositum *pro portione* nullatenus adaptari potest in quantitate prætij stichi, sed benè in dilemmate quæstionis per Celsum propositæ, an scilicet dubium excitatum sit in portione, hoc est in predicamento venditionis, vel contractus innominati *do, vt des*, vt eleganter aduertit *gl. ibi in verbo proportione*, & consequentèr commentum Piccardi non tantum est diuinatorium, sed prorsùs puerile, tametsi nostris symbolicis terminis aliquantulum inhæsisset.

Nec *Prosper Rendella de iure prothomiseos* §. 1. *vers. cùm alitèr sub num.* 29. metam in explicando suprapositam iura attingit, quando cucurrit à tempore præterito ad futurum, dicens *dedi vt dares*, *dedi* præteritum, *vt dares* futurum subiectiui, habetque implicitam conuenctionem præsentẽ, collato adimplemento in aliud tempus futurum, ex eo magis cùm sufficiat de præsenti conuenctio de re, verbo, & prætio, tametsi aut datio rei, aut prætij solutio præcedat, vel postponatur in traditione, quid enim interest quominus emptio, & venditio non sit, si de præsenti, vel in præterito, aut in futurum tradatur res, vel prætium? adimplementum enim cõtractus præstatio est, non verò eiusdem substantia, nec tempus dare potest formam contractui, sed bene intentio contrahentium, & proindè longe abest Rendella ab intellectu præfatorum iurium.

Dici-

Dicimus enim nos, Cælsum intellexisse de mera permutatione pecuniæ cùm sticho, ibi *dedi tibi pecuniam, vt stichum mihi dares*, ad quod probandum sciendum est, quod pecunia potest considerari vt corpus, siuè vt species, & vt prætium; consideratur vt corpus, seù, vt species ante numerationem, quemadmodum si esset in arca, vel deposita, tùnc tanquàm corpus, siuè species non differt à cæteris rebus mobilibus, & supèr ea potest benè impartiri assistentia, sequestratio, & adiudicatio, licèt loco adiudicationis sufficiat sola numeratio, vt apud *Thor. compend. decis. Regni parte 2. in verbo assistentia petita super deposito, & in verbo assistentia an quemadmodum concedi debeat, & probatur in l. a. diuo Pio §. sed, & si pecunia, & §. pecuniam quoque ff. de re iud.*, & proinde pecunia, etiàm si vt prætium, potest symbolizari tanquàm corpus existens, velut nomen debitoris, secundum intellectum *Barbat. nostri ad dictam l. 1. ff. de distract. pign.*, de qua apud *ipsum in tract. de assist. gl. 5. sub nu. 59., & seq.* post verò numerationem dicetur pecunia in prætio: cùm succedat in satisfactionem rei debitæ: hinc est, quod licet pecunia tanquàm prætium non possit vendi, quia prętiū non potest esse prætium sui ipsius. ad instar albedinis, quæ cùm sit id, quo formalitèr cætera redduntur alba, ipsa alba esse non potest; tamèn tanquā corpus, & species benè vendi, & permutari potest pecunia *Ioan. Anan. cap. nauig. vlt. sub num 46. & 47. de vsur.* pecunia tanquā mera contractari potest *Scaccia de Camb. §. 1. quæst. 5. sub num. 30. vers. quarto*, & permutari potest, *Nauarra in d. cap. nauiganti vers. quanquàm num. 22.* & sic cùm intellexisset Cælsus de mera permutatione, ibi, *quam ob rem dari, re non sequuta*, nil mirum si mortuo sticho repeti possit, cum hæc sit natura permutationis *l. 1. ff. de rer. permut.* & quia contractus intelligitur celebratus eo modo, quo partes expresserint, ex quo in primis est inspiciendum, quòd à contrahentibus actum fuerit *l. sempèr in stipulation. ff. de reg. iur.*, & nullum maius est mentis nostræ testimonium, quàm qualitas inspectà verborum *l. labeo ff. de sepultur. leg.*, & talis præsumitur contractus, qualis in sua figura apparet, & lectio probat *l. interest C. de solut. & l. cum præcib. C. eod.* atqui apparet in textu *d. l. dedi tibi* per contrahentes fuisse contractam permutationem pecuniæ in corpore cum sticho, vt supra probauimus, igitur eiusdem naturam sortiri debebat *l. tenetur l. si quis nec causam ff. si cert. petat.* & id principalitèr actum intelligitur, quod verbis expressum est *l. ille, aut ille & l. non alitèr ff. de legat.* 3. sed in textu apparet de expressa voluntate permutationis, ibi, *dedi, vt dares*, quod fuit in expressa permutatione pecuniæ in corpus cum sticho, ergo benè dixit Celsus approbando contractum in *d. l. dedi* fuisse permutationem, non magis si vnus libertatem dederit, altèr Angillam *Paul. in l. 4. §. si antequam ff. de manumiss.* vbi dicit ipse, *quasi emptionem celebratam fuisse*, quod supple *permutationem* ratione sui symboli *d. l. 4. §. sed, & si vers. idemque fore, Cur. lib. 4. obser. cap. 8.* quod intellige, secuta traditione: nam alias, ni sequatur traditio, non dicetur perfectè permutatio, sed bene contractus *do, vt des*, vt infra suo loco clarius demonstrabimus.

Quod non alitèr est in textu in *d. §. & si quidem*, in quo licet Paulus ponat in primo periodo modū contrahendi emptionem, & venditionem eùm interuentu rei, & prætij, ibi, *& si quidem pecuniam dem, vt rem accipiam* emptio, & venditio est, ly, *siquidem*, non stat dispositiuè in textu, sed benè enunciatiuè, pro vt est dictio *quamuis*, vulgaritèr, *ancorche*, apud quam sempèr sequitur exceptio, siuè limitatio, iuxta illud, *& siquidem, uel quamuis suasor non fueris profectionis meæ, approbator certè fuisti.* Vndè sensus est *Pauli in d. §. & si quidem*, quamuis emptio, & venditio sit dare pecuniam, & rem accipere, tamen, rem dare pro re permutatio est, & sic Paulus benè concordat in dispositione cum Celso, ille disiunctiuè, siuè exceptiuè loquendo *l. quamuis ff. de acq. possess.* istè verò dispositiuè, sed vterque dispositiuè de contractu innominato *do, ut des*, innibilum considerata Pauli assertione venditionis; tanquàm relata non dispo-

sitiuè

Digitized by Google

sitiuè, vel determinatiuè, sed benè excerptiuè, referendo se ad contractum emptionis, & venditionis, alibi dispositum, non verò dicto in textu, in quo nihil de eo, nisi assertiuè, & per transendam loquendo: & proindè nihil quoad id posuit, vt aduersari potuisset cùm Celsi responso, sed benè disposuit secundum Celsi oraculum sub eodem spiritu, & vnanimi consensu.

30 Subsequitur casus symbolus in subiecta materia non minùs elegans præcedentibus, de quo *in l. 1. C. de rer. permut.* nempè quàndo contractus non est nominatus, nec emptionis, & permutationis, sed symbolus indefinitè, scilicet quãdo permutatur res cùm, quæ venalis est, non taxata quantitate, vt notant Doctores, ibi, tùnc enim cùm neuter sit contractus, erit benè vtrique symbolus, sed cui adhùc ignoratur.

Quia tametsi *Card. Mantica de tacit. lib. 1. tit. 19. sub nu. 10. vol. 1.* ad illud explanandum, tres adhibuit distinctiones casuum. Prima in vera permutatione, & tunc si res fuerit amicta, non agitur ad interesse, sed quod datum est repetitur. Secunda, quando contractus est symbolus emptioni, & venditioni: velut, cùm non taxata quantitate, res datur pro venali, & tùnc agitur ad exemplum actionis ex empto ad id, quod interest, si euictio fuerit secuta. Tertia, quando res datur nomine pretij, taxata quantitate, pro venali re, & tùnc propriè emptio, & venditio nuncupantur, & ex empto actio competit ad id quod interest, si res euicta fuerit, quod per contrarium sensũ tacitè excerpit *ex d. l. 1.* ex quo in quali-

31 bet legum dispositione duo eliciuntur, vnum, quod disponitur expresse, alterum, quod tacitè subintelligitur per contrariũ sensũ, vt per *Bart. in l. qui se Patris in prin. C. qui admitti*, Tamẽ dicẽdũ, quod in prima parte *d. l. 1. C. de rer. permut.* cõtractus symbolizatur cũ venditione, quo in casu, sequuta euictione, non datur cõdictio ex causa, ad repetendam rem datã pro ea euicta, nec aliquis ex contrahentibus penitere se potest ante implementum, prout esset in contractu innominato probat *Ant. Mangil. de euict. quæst. 146. sub num. 24. ad finem*, & meliùs *in quæst. 140. sub num. 7. Prosper Rendella in const. Inst. sancimus, §. causa vero dotis sub n. 31.*

In secunda verò parte dictæ legis videtur contractus esse meræ permutationis, & perindè agi etiam potest condict. ob causam, & antequàm res euincatur, agi etiam potest de euictione, iuxtà vulgatum consilium *Beccæ 83. n. 9. Surd. decis. 173. num. 13. Mangil. d. quæst. 140. in princ.* qui ampliat. Primo vt detur etiam regressus ad rem suam aduersarius rei datæ dominium non transtulerit. Secundo, vt detur regressus ad rem existentem penès. Tertium, si res sibi data fuerit euicta: cùm paria sint sibi rem non fuisse traditam, & si traditam euictam, vt percotes inibi per ipsum, rationem adducit *D. Consiliarius Hodierna ad Surd. decis. 173. sub n. 4. vers. & ratio est,*

32 quia in permutatione tradens tenetur facere rem perfectam recipientis, & verum dominium irreuocabilitèr, quod secus accidit in emptione, & venditione, in qua secuta traditione, ad nihil aliud venditor tenetur, secuta etiam euictione, nisi *ex l. 2. ff. pro empto, & l. fin. ff. bonor. auth. Iud. poss. Grat. discept. forens. cap. 3. sub num. 18.*

33 Secuta verò bonorum permutatione: si datum vni euincatur per tertium, non potest is, à quo euictũm fuit, agere ad dati recuperationem per ipsum alteri contrà tertium possessorem causam ab ipso habentem alt ro, cui dederat, vt ex *textu cùm gl. in l. cùm pratio, C. eod. tit. de rer. permut.* ibi, *nullam in rem, vel in personam, quia cùm eo non contraxisti*, rationem adducit *Mangil. loco cit. sub num. 9.* quia tùnc facta traditione rerum permutatarum dominium in accipientem fuerit translatum, tertius emens ab vno permutãtium, dominus illius rei effectus ab eo, qui illius dominium ab altero permutãte susceperat, reali actione super ea re permutata conueniri non potest, & sic decisum *per R. C. testatur Præses de Frãch. decis. 34. in princ.* nec actio personalis, cùm nihil cum ipso permutante gesserit siuè contraxerit, vt *per gl. & Doct. in d. l. cùm præcibus*, & sic mala distinctio applicata, & si remissiuè *per D. de Luca obseruat. ad eundem de Franch. 34. in vers. concordant alij:*

34 Com-

34 Competit benè verùm hypothecario quotiescumque contrahens pro obseruantia euictionis obligauit omnia bona sua,& cõstituit ea tenere &c. *Aret.conf.2. col.penult.Alex.conf.*185.*n.*3.*lib.6. Surd. dicta decis.*173. qui in fine sic fuisse decisum per Senatum Mantuanum testatur *Mangil.d.q.*110.*sub num.*13. & sic etiam decisum in S.R.C. testatur *D. de Franch. d. decis.* 34.*in fine* cùm effectu iuris offerendi iuxtà terminos *text in l. mulier, ff. qui pot.in pign.*& proindè in illa facti cõtingentia fuit præstita assistentia contrà tertium. Vndè permutanti,qui rem suam tradidit,& sibi traditã iudicialitèr amisit contrà secundum permutantem pro indemnitate succurritur, si rem, quæ sua erat,recuperare non possit, vt habetur *in d.l. cùm præcibus in vers.sed si secundum*, & inibi *per gl. & Doct. communitèr*, quos sequitur *Gaball.conf.*5.*lib.*5. & post eum *Mangil.loco vbi supra cit. sub num.*14.conferunt relata *per D. Altas var. resolut. lib.*1.*cap.*20.

35 Sed quid dicendum, quando æqualitas est in valore rei permutatæ cum pecunia soluta pro re empta, vel permutata,prout si pro re valoris centum soluantur quinquaginta,& tradatur alia res valoris etiam aliorum ducatorum quinquaginta, an tùnc contractus sit symbolus venditioni, vel permutationi, vel vtrique, iuxtà dispositionem *d. l.*1. *C.de rer.permut.*

Prima ea est opinio eorum tenentium, cõtractum esse puræ venditionis,*Bald.in præl.ud.feud.col.*4.*vers. pro intellectu, Fab. de Monte in tract. de empt. & vendit.*2. *parte princ.col.antepen.vers.sed iuxtà prædicta D.de Franch.decis.*392.*num.*2.*Guid. Papa decis.*92.*in fin.* rationem adducunt,

36 quia contractus emptionis, & venditionis tanquàm nobilior pariens actionẽ est magis fauorabilis,est in causa vt magis in dubio præsumatur, quàm permutatio *Facch. contr. iur. lib.*2. *cap.* 48. *vers. quinta est.*

37 Secunda fuit opinio aliorum, qui dixerunt,contractum istum esse promiscuũ emptionis scilicet, & permutationis pro medietate *Paulus de Castro in l.Arist.ff.de donat.spec.in tit.de rer.permut.vers.si verò res,Cyn.Ang.& Bart.in l.quæritur,ff.de statu hominin.in* 3.*lect.Alciat.in l.*2.*C.de verb. oblig.num.*18.*& in l.*2.*ff.si cert.petat.col.*2. *vers. quatuor casus, Tiraq. de retr.ling. §.* 30.*gl.*1.*n.*36. *Costa de port.rat.q.*44.*in fin.*

38 Tertia,& vltima fuit opinio, quàm sequimur,& probamus,eorũ tenentiũ,esse puram permutationem, prout patet apud *Maxillam de iure Protomiseos, §.in permutationibus sub n.*5.cùm faciliùs sit symbolum de contractu venditionis, ad contractum permutationis, quàm è contrà.

39 Permutationis enim nomen analogũ est continet sub se emptionem,*l.*1. *ff. de contrah. empt.* & sumitur in famosiori significatu,prout fauorabilis subiecta materia, secundum *Decian. resp.* 59.*sub n.* 2. *vol.*1.patet *in d.l.Arist.ff.de donat.*ibi,*quia donatio aliqua inesse videtur*, loquitur ibi,Arist.de negotio mixto,cùm donatione, & subdit Iurisconsultus, sed vnus eũ alter inest,ceũ species sub genere. Vnde cùm fauorabilior sit, & in materia odiosa magis esse videatur permutatio,quàm emptio ad excludendum onera solutionis gabellæ scilicet, & iuris congrui, ergò secundum dictam subiectam materiã sumenda est facultas, vt de potentia ad actum fiat symbolum, vt conuertantur ad inuicem ad excludẽdum quod magis odiosum est fauore contrahentium, dũmodò aliqua non intercedat fraus *Decian.conf.*160.*Ias.conf.*45.*n.*3.quod etiam extollit *Boer.decis.*144.*per totum.*

40 Non enim potest esse promiscuus cõtractus, qui ex vno eodemque actu sub vnica verborum structura perficitur:duo enim cõtractus diuersæ speciei eliciti in eodem subiecto stare non possunt, quia alia est forma,quæ dat esse emptioni,alia quæ informat permutationem, neque se inuicem compatiuntur eodem in subiecto, prout nec etiam compatitur hyrcus ceruus apud dialecticos ex parte rei, et proindè attendi debet adæquatio, et proportio, in cuius contractus ratione symboli prædicetur, qui à permutatione magis adæquatur, et proportionatur, secundum *Soccin in rubr. ff. de verb. oblig.* ex singulari *textu in cap. ad quæstiones de rer.permut.*et nos diximus *in* 1.*cap. tit.*1. quod nũc comprobamus,vt promisimus.

41 Et ad *text.in d.l.*1. *C.de rer.permut.*respondetur, quod inibi fuerunt considerata

rætæ

ratæ duæ species symbolæ contractus diuersæ, vna symbola venditioni, vt in primo periodo dicti text. altera symbola permutationi, vt in secundo periodo, et sic duo fuerunt contractus symboli, non verò vnus: licet duabus speciebus adimpletus, prout in casu nostro, subalterno, et analogico modo, vt probat *glos.* ibi, & *Becc. cons.* 83 *num.* 9.

42 Nec in aliquo aduersatur *text. in l. Titius, ff. de præscript. verbis*, immò cautius intuenti probat, quod non duo contractus sunt, sed vnus dumtaxàt, nàm cùm Iurisconsultus verteretur in ea facti specie, ne cum tàm fœnerata pecunia intelligi debeat, quam quasi mandatum contractus, tutius esse ait, præscriptis verbis in factum actionem dari, ergo non duo sunt contractus.

43 Nec *text. in l. 2. C. de pact. inter empt. & vendit.* rumorem facit contrà nos, quia inibi quoque vnicus contractus fuit, in specta emptionis conditione scilicet, vt clarè patet. ideo nō duę actiones simul, vt contractus fides, seruetur per dispositionem, *l. labeo, ff. de contrah. empt.* resultat duplex actio ex vendito scilicet, & præscriptis verbis, quin ex diuersis causis habeat originem, scilicet ex venditionis conuentione, & ex pacto qualificante venditionem, secundum *Bart. tàm in d. l. 2. quàm in d. l. labeo*, et quamuis actio sit altera à venditione, non tamen facit separatum contractū, sed regulatur à principaliori, hoc est, venditione, hinc est, quod etiam pro ipso pacto competat eadem actio, competens ex principali actu.

44 Nec etiam obstat *text. in l. cùm te, C. de pact. inter empt. & vendit.* à cuius facti cōtingentia excipitur contractus mixtus, partim nominatus, partim innominatus ex diuersa relatione rei, et pretij, secundum *Doct. in d. l. Arist.* quia ibi Imperator non sine ministerio non expressit nomen illius contractus propter facti perplexitatem, quo specificum conuentionis nomen colligi nequiuit: Ideò magis videri fuisse contractum innominatum, qui ratione symboli impertinētèr nō traditur sub *rubr. de pact. inter empt. & vēdit.* vt optimè extollit *Rēdella loco cit.* et nos fusiùs diximus supra ad explicat. eiusd. text.

A R G V M E N T V M.

Datio insolutum an sit symbola cùm emptione, an potiùs cum per mutatione, difficilis quæstio.

S V M M A R I V M.

1 *Creditor in genere, cui datum est aliquod genus insolutum pro extintione sui crediti, & postmodum ab eo euictum, an possit ad antiqua iura redire.*

2 *Datio insolutum an symbolizetur cum venditione, vel cum permutatione.*

3 *Datio in solutum euicta, habetur ac si nō fuisset solutum.*

4 *Contractus incompatibilitas quando inducat nouationem.*

5 *Emens domum conductam an censeatur à conductione recedere.*

6 *Datio insolutum symbola venditioni, secundum aliquos.*

7 *Venditio quod sit facta non requiritur pro firmitate insolutum dationis.*

8 *Factum non fuisse, & effectum non habuisse paria sunt.*

9 *Rei defectus in executione contractus, vel in conuentione quomodo differat.*

10 *Denegans non tradere insolutum dationem ad quid teneatur.*

11 *Creditor non interpellans debitorem ad quid teneatur, & an sit in mora.*

12 *Traditio rei, quæ desit à rerum natura ad quid obliget.*

13 *Datio in solutum æquiparatur pacto de in solutum dando.*

14 *Vendere aliud est, & aliud promittere de vendendo.*

15 *Reseruatio iurium in insolutum datione quid operetur, & num. 16. & 17.*

18 *Datio insolutum est extinctiua iuriū.*

19 *Solutio, & obligatio sunt inter se contraria.*

20 *Vita & mors incompatibiles.*

P *Poste-*

21 *Posteriora derogant prioribus.*

22 *Reuiuiscentia, & remanentia iura quomodo differunt.*

23 *Actus vt magis valeat, quàm pereat est de temperantia iuris rigoris.*

24 *Vlpianus in l. eleganter ff. de pign. act. pugnat ex diametro contrad. cùm Paulo in l. qui res in princ. ff. de solut.*

25 *Text. in l.* qui res *vendicare sibi locum fauore dotis dumtaxàt, dixerunt aliqui.*

26 *D. Arias de Mesa var. resolut. lib. 1. cap. 42. sub num. 5. vers. fanè ex eo non acquieuit communi sententia interpretationi text. in l. qui res ff. de solut.*

27 *Text. in l. eleganter ff. de pign. act. dispositio tributur Vlpiano, non verò Treboniano.*

28 *Dominij impetratio an hodie sicut olim.*

29 *Pignus non consistit in re aliena.*

30 *Pignoratitia actio an eadem cùm pignoris obligatione.*

31 *Pignoris extinctio non inducitur per mancam solutionem.*

32 *Pignoris extinctio non inducitur, ex reuocabili dominij acquisitione.*

33 *Pignoris ius sola creditoris voluntate dissoluitur.*

34 *Pignus in re propria non consistit.*

35 *Antonius Faber reprehensus ab Arias de Mesa.*

36 *Debitor speciei quando soluendo non liberatur.*

37 *Text. in l. eleganter ff. de pign. act. symbolizatur cùm dispositione text. in l. 1. C. de rer. perm. in primo periodo, & text. in l. qui res ff. de solut. cùm eadem l. 1. dispositione in secundo periodo.*

38 *Iurium retncidentia an trahatur ad bona futura.*

39 *Iurium reuiuiscentia an detur, re adiudicata, & postmodum euicta.*

40 *Renunciare iuri, quod sibi competere ignorabat, nemo præsumitur.*

41 *Ius retractus quando in neutro contractu locum habeat.*

CAP. XII.

1 FVit magna quæstio inter Doctores, an creditor in genere, cui datum est aliquod genus in solutum pro extintione sui crediti, et postmodum ab eo euictum; possit ad antiqua iura redire, dependens eiusmodi resolutio ab ea, an
2 scilicet datio in solutum symbolizetur cùm venditione, et sic irreuocabilitèr intelligatur celebratus contractus, an verò cùm permutatione, et consequentèr reuocabilitèr, et quia inter cæteros, qui sectatur, dationem in solutum fuisse, et esse contractum reuocabilitèr, et proindè posse creditorem redire ad primæua iura sua, est *Barbatus noster in tract. de assist. gl. 12. sub num. 210,* sum ideò arbitratus materiam attingere pro defensione eiusmodi opinionis, tametsi magis canonizata sit opinio pro parte contraria, vel saltim ad amicitiam cùm eis deuenire.
3 Dicunt contemnentes regressum ad primæua iura, quod in quocumque iure res, vel insolutum datio euincitur, perindè est, ac si solutum non fuisset, *l. qui concubinam, §. si hæres, ff. de legat. 3.* et actus etiam validus absque effectu dicitur nullus *Grat. discept. forens. cap. 35. & 36.* prout quando partes bis faciunt vnum, eundemque contractum, vltimus non tenet, et ex primo agendum est, *l. qui bis idem,*
4 *ff. de verb. oblig.* nec in hoc casu adest cōtractus incompatibilitas, per quem inducitur nouatio, et sic quando secundus contractus, per quem contrahentes voluerunt primum nouare est inualidus
5 per secundum, non dicitur recessum à primo *per text. in l. nouatio, ff. de nouat.* nec emens domum, quam priùs conduxerat, à locatione recedere censetur si emptio erit nulla, *Costa de iur. & fact. ignor. cent. 2. dist. 89. num. 10.* quam opinionem secuti fuerunt *Afflict. decis. 8. & 16. Monent. decis. 45. sub num. 16. Morot. de iure offert. num. 33. & 35. Rota Romana decis. 103. sub num. 1. Thes. quæst. 88. n. 1. par. 2. Mangil. de euict. quæst. 144. num. 26. aliique quamplurimi.*
6 Asserunt oppositores, dationem in solutum omninò esse symbolam venditioni, *l. si prædium, C. de euict.* adeò, vt non liceat alteri contrahentium, inuito altero, ab ea discedere *Mantica de tacit. lib. 12. tit. 110. num. 16. & 17. Seraph. decis. 1157. num. 4.* vbi quod non licet ab eo discedere, pendente cōditione *Ceph. consil. 159. num. 21. & seq. lib. 2. Afian. de exec. §. 4. cap. 5. sub num. 5. & Soccin. iun. in cons. 41. sub num. 28. lib. 3.* affirmat dationem insolutum

tum

Digitized by Google

7 tum adeo symbolizari cùm venditione, quod pro firmitate eiusdem non requiritur, quod sit ficta venditio, seù dominij translatio, sed satis est, partes in ea consentijsse, à quo consensu recedi non potest, per regulam, quod semel placuit, et hanc opinionem sequuti fuere, *Fontanella de pact. nupt. clauf. 5. glos. 8. parte 14. num. 185. Castill. decis. 5. in princ. Anna cons. 90. n. 5. & sing. 35. n. 10. Vin. decis. 256. num. 7. Marta voto 144. Mastrill. decis. 120. Anton. Menach. decis. Bonon. 40. puncto 7. sub num.* 8. qui omnes tenent, cuicta re, vel non tradita, nõ posse experiri primæuis iuribus, tanquàm extinctis, sed benè, vel actione ex empto, vel vtili contrà *D. Pras. de Franch. decis. 50. Castillus decis. 653. Surd. decis. 266. inibique per D. Consil. Hodiern.* qui respondet ad paria, quod scilicet contractus etiam validus, cuius effectus non sit secutus par sit, ac si à principio non fuisset factus, illa scilicèt non conducere ad casum, quia aliud est, quod datio sit nulla, & aliud quando valida, sed res insolutum data euincatur, vel non tradatur: in primo enim casu valdè conualescunt prima iura: cùm paria sint non

8 fuisse factum, & factum non habuisse effectum, *l. 1. §. nihil, ff. de inoffic. testam. l. si quis sub condit. ff. de testam. tut. & l. ex cõsensu §. 1, ff. de appellat.* ratio est, quia hoc in casu non habet incompatibilitas contractuum: cùm per inualidam nouationẽ non tollatur præcedens obligatio, *l. obligatione, C. de fideiussor.* in secundo casu, quando insoluti datio est valida, neque euincitur, totum oppositum est, tanquàm recessum ab obligatione, ad quam creditor redire non potest, secundum Consilium decisiuum, *Cioff. 44. num. 2. Gabr. cõs. 36. num. 66. Costa de retrotract. casu 27. cap. 8. num. 13. Nouar. de insolutum datione, par. 1. quast. 12. per totam.*

9 Cæterùm clariùs patebit resoluta quæstio, si diceremus, quod aliud est si res deficiat in executione contractus, vel si deficiat in conuentione eiusdem: nàm si deficiat in conuentione contractus, nõ redditur nullus, sed datur actio ex empto, vel ex vendito, *Bursat. cons. 427. sub num. 31. Natta punctualitèr in cons. 496. sub nu. 16. vers. non obstat, & in cons. 496. num. 19.* si verò defectus est in executione, nempè quando res verbo insolutum data in effectu posteà non tradatur, & tùnc sunt distinguendi plures casus. Quorum

10 Primus erit, si adeò non tradatur, quia dans in solutum sua spontè tradere denegat, tali in casu alia ratio per acta non est, quàm ex empto, vt *per Surd. dicta de-*

11 *cis. 166. num. 6.* Secundus casus est, si creditor ipse non petat, vel interpellet creditorem rei ad rem tradendam, quia si in effectu non tradatur, sibi est imputandum si non vsus fuit iure suo, vt *per Monach. d. decis. 40. puncto 7. sub num. 12.* in quo plurima adducit ad id probandũ.

12 Tertius casus est, quando res non traditur, quia tradi non potest, vel quia res desijt esse in rerũ natura, suo periculo, vt in contractu conditionali, pendẽte conditione res fuisset alienata, quæ posteà, nec etiam tradi potest: in istis postremis casibus locum vendicant dicta eorum, qui censuerunt liberationem ex datione insolutum non successisse, vel ipsam dationem insolutum non valuisse, non, quod non valuerit ab initio, sed quia non valuerit perfectè, & quia resoluta est validitas ex defectu traditionis promissæ non executæ in specie, in hoc casu benè dixerunt Doctores liberationem non esse sequutam *Cioff. in d. cons. 44. schen. cons. 44. par. 1.* vbi vnus frater dedit insolutum bona alterius fratris, *Bald. in cons. 284. Mastrill. decis. 120. Crot. cons. 93. nu. 17. & seq. lib. 1. Alba cons. 242.* quia talem dationem insolutum, sine traditione ab initio sub fide, quæ posteà sequi debeat, & quæ verè non sequatur, æquiparauerunt Doct. promissioni de

13 insolutum dando, & dicitur promissio de dando insolutum, *Cioff. d. cons. 44. Statil. de solut. decis. 108. sub num. 52.* & non liberari à prima obligatione, *Asin. dicta exeq. §. 4. cap. 50. & cap. 263. in fine,* aliud enim est soluere, aliud promittere de

14 insolutum dando, sicut aliud est vendere, aliud promissio de vendendo, qui enim promittit vendere, vel soluere non obligatur ad tradendum, *Alex. cons. 69. in princ. lib. 4.* sic est in datione insolutum, quando res tradi non potest, *Ias. in §. actionum num. 137. instit. de act.* & proindè sicuti debitor est liber à necessitate tradendi, sic venditor est liber à necessi-

tate liberandi,ne ad imparia iudicentur dans,& accipiens.

15 Restringunt benè verum Doctores hanc secundam opinionem, quotiescũq; fit per conditionem reseruatio iurium, quia tùnc,& si data fit species pro genere,quod in pecunia consistit,attenta dicta reseruatione,vel protestatione ad vetera iura redire potest creditor, si re insolutũ data euincatur *ex auth.gl.in l.libera, C.de sent.& inter l.Afflict.decis.*335.*Polyd.Ripa obseruat.*186.*num.*6.*Surd. cons.*22.*nu.*34. *& cons.*145.*num.* 20.*Fran. decis.*50.*num.* 17.*Mastril. decis.*40. *Anna d.cons.* 90.*&* 35.*Castill.decis.*5.*num.*5. *Muta in ritu Sicil.*112.*num.* 92.*Morta voto* 109.*Seraph. decis.*114.*num.*3. *Cepolla caut.* 123.*Thes. q.*88. *num.* 9. etiam contrà fideiussores, *Marsil.de fideiuss.num.*373. tàm pro capitale,quàm pro interesse,*Gozad. cons.*138. *num.* 2. ex quo tùnc nulla resultaret incompatibilitas ex dicta protestatione,

16 *Franch. decis.* 50. *in fine*, vel si dictum fuerit,citrà præiudicium, & circa animũ nouandi, cautelas cautelis addendo, *Bursat. cons.*101.*col.fin. vol.*1.*Boer. decis.* 337.vel si ageretur de dote *Thes.d.q.*88. *in fine,Castill.decis.*5 *Milaneus decis.*9.*lib.* 2.*num.*110. *& decis.* 115. *num.* 22. *lib.*1. *Mastrill.d. decis.*40. *par.* 1. quos sequitur *D.Hodierna loco cit.& D.de Luca obseruat. ad Franch.*50.*num.*2.

18 Cæterùm incontrarium est veritas, quod imò, non obstante dicta protestatione, & iurium reseruatione, non possit creditor ad primæua iura redire, stante maxima incompatibilitate inter dationem insolutum,& iurium reseruationem.

18 Probatur primo,quia datio insolutum est extinctiua iurium,non verò translatiua, & inducit recessum à primo contractu,vt apud *Surd.cons.*145. *nu.*24.*&* 25. qui primus contractus per dationem insolutum reducitur ad actum, ac si nunquàm fuisset factus,*l.si quam,ff.de vendit. Surd.cons.*217.*num.*23. et proindè si tota materia primi contractus destruetur non remanet in quo reseruatio iurium possit considerari,et non entis nullæ sunt qualitates,vulgato iure,*Criuell.decis.dol.*117. vbi dicit, quod extinguitur obligatio quoad principalem debitorem, et eius fideiussores, adeo quod si accesserit alia protestatio, non ampliùs dicentur obligati fideiussores.

19 Probatur secundo, quia solutio, et obligatio sunt inter se contraria per dationem insolutum, qui soluit id agit, vt se liberet à prima obligatione, et credito, non vt se obliget *Syluan. cons.* 102. *num.*24.et ex illa solutione sopiuntur,resoluenturque omnes rationes veteres, et solùm remanent ex nouo contractu noua iura, et actiones, in quibus experiri potest creditor, et sic reseruatio dicitur destructiua, non limitatiua, et quemadmodum in vno, eodemque subiecto sunt

20 incompatibiles vita, et mors, sic est incompatibilis resolutio,et extinctio vnius iuris,et eiusdem reseruatio *Crauetta cons.* 985.*num.*89.

Probatur tertio, quia posteriora derogant prioribus non se compatientibus

21 inuicem *Mantica de tacit.& ambig.lib.* 17.*tit.* 3. sed clausula inhærendo, et ius iuri addendo non potest facere quominùs posterior contractus non deroget primo tanquam contrario, ergo.

Nec obstat contraria opinio, per quã probatur, per reseruationem primæua iura remansisse, de qua apud *Mantic. d. lib.*17.*tit.*1.*n.*15.*&* 16.*Bursat.cons.*101. *Marta decis.* 286. *in princ. Mastrill. decis.* 120. quia loquuntur ij in terminis, in quibus non agitur de totali incompatibilitate, vel aut nõ est nouatio, vel si est, non est extinctiua, sed cumulatiua tantùm,vt respondet *Ant.Monac. dicta decis.* 40.*puncto* 8.*sub num.*45. dicens *sub n.*47.

22 quod nos sumus in casu reuiuiscentiæ,non remanentiæ;cùm aliud sit dare casum, in quo remanserint iura prima, aliud vbi extincta, sed quod remãserint, & sic ex diuersis non fit illatio.

23 Hæc opinio est sufficientissima in iuris rigore *ad text. in l. vbi repugnantia* 143. *ff.de reg. iur.* cæterùm temperando rigorem,vt actus magis valeat,quàm pereat, quod semper inspici debet, vt voluerunt *Doct.*ibi,*& Castill.quotid. contr.lib.*3. *cap.* 10.*& num.* 19. in hoc seruanda est doctrina supradictorum grauissimorum Doctorum dicentium, quoties vnico tẽpore tractatur de solutione,& iurium reseruatione, censeri solutionem factam esse animo liberãdi debitorem à iudicio illius

illius primæ obligationis, non verò radicitus euellendi, & extirpandi substātiam debiti, seù illud extinguendi, resoluendique, vt *per Bald. in l.1. num.5. Salyc. num.4. & 5. in fine, vers. oppone, C. de act. & oblig.* vbi quod pactum præualet solutioni, & facit illam intelligi secundum se, & non è contrà, quia si è contrà intelligeretur pactum, in totum vitiaretur, *Paul. in l. Modestin. num.1. & Imola num.4. ff. de solut. Alciat. in l. Papin. ff. mand. D. Reg. de Ponte cons.6. num.6. lib.1. Casanatta cons. 10. num.101. & 102.* quos citat, & sequitur *D. Carleual. de iudic. siuè disput. iur. lib. 1. tit.3. disput.35. sub num.29. vers. sed sperando folio mihi 386. vol.2.* & sic intelligendus *Merlin. decis. luc.33. sub num. 13.* quando dicit, quod dicta reseruatio habet locum in casu euictionis, & molestię, & per illa non dicitur mutata natura, & substantia contractus dationis insolutū, sed tantummodò prouisum in casu euictionis siuè molestiæ, quod extollit pro notabili praxi vtili propter fideiussores, & propter hypothecam anteriorem tempore, & propter alia, vt testatur *sub n. 14.* & vide notabilem decisionem *Marchiæ apud Grat. 117. per tot. & Mangil. de subh. quæst. 120. per totam.*

Cæterùm quæ subsequitur iurium antynomia concilianda *text. in l. elegantèr ff. de pign. act. & text. in l. qui res in princ. ff. de solut.* fuit in causa, vt articulus in præsenti capitulo explicatus redderetur controuertibilis inter Doctores, cùm *in d. l. elegantèr dixerit Vlpianus, creditorē à Principe impetrantem, vt iure dominij rē pignori nexam licere possidere, à priori obligatione discessisse, & secuta euictione vtilē ex empto actionem competere, per quem aut debitum, aut quod sua intersit consequi is valeat*: & *in d. l. qui res ait Paulus. cùm fundus pignoratus insolutum datus fuisset post euictionem, veterem actionem manere*, & sic videntur inter se Vlpianus, & Paulus valdè ex diametro contradictionis pugnare.

24 Asseruerunt aliqui dispositionem *d. l. qui res* locum sibi vendicare fauore do-
25 tis dumtaxàt, Doctores omnes, tàm *in d. l. qui res, quàm in l.1. C. si aduers. trāsact. & in l. libera, C. de sent. & iterl. & in l. si quis aliam, ff. de solut. Alba cons.367. nu.5. lib.2. Asin. de exeq. §.7. cap.290. sub num.4. & §.4. cap.2. Thes. d. q.88. sub num. 13. Vrsill. ad Afflict. decis.335. num.14. Anna d. cons.90. Grat. d. cap.3. D. Merlin. contr. iur. lib.1. cap.27. n.13. Mangil. de euict. q.144. sub num. 31. D. Hodierna d. decis. 266. & D. Arias var. resolut. lib.1. cap.42. sub n.3.*

26 Hanc communem interpretationem reddit vulneratam *D. Arias loco cit. sub num.5. vers. sanè* ex eo, quia licèt sit ausus temerarius ab ea discedere, tamen eius animus non quieuit in illa; Cùm Paulus nullum specialem dotis fauorem expendit, vt detur marito regressus ad primeuas actiones, & sentētia Pauli fundatur in exemplo eius, quo cùm homine deberet statu liberum soluit, quo casu videtur debitorem non liberari, & creditori integra iura superesse, nullo dotis fauore considerato, *l. cùm quis, §. qui hominem, ff. de solut.* coadiuuatur *ex text. in d. l. qui res, §.1. ff. eod. tit. de solut.* vbi idem Paulus dissidium non sumit fauore dotis, sed ex eo, quia actio noua, quæ nata est post mortem liberti, non potest semel quæsita liberationem retractare, et proindè dictam interpretationem aduersantur, *Ant. Fab. de err. pragm. decade 7. err.10. D. Merl. d. cap. 27. à num. 16.* qui intellexerunt Pauli sententiam *in d. l. qui res* indefinitè esse intelligendam in omni casu, non verò in solo eo, fauore dotis, potestas enim actionis tollit intellectum solutionis, secundum eundem *Paulum in d. l. si Patroni 55. §. vlt. ff. ad Trebell.*

Et non obstare *textum in d. l. elegantèr*, respondit idem *Fab.* cùm id videatur in neutro idē esse, ex quo dominij acquisitio, posteà reuocata, non mutat causam pignoris, *l. ex sextante, §. latinus, ff. de excep. rei iud. l. libera, C. de sent. interl.* nec etiam aduersus impugnat, quod Vlpianus subijcit ex empto vtilem actionem concedendam: cùm vtrumque scriptum sit *in l. pradium, C. de euict.*

Et tametsi *Arias* approbet interpretationem *Fabr. d. l. qui res*, non tamen acquieuit responso *in d. l. elegant.* imò illud omninò improbabile contendit: probabilem eam sententiam subdit: cùm res datur pro pecunia debita, in quo genere loquitur Vlpianus recessum esse à priori contractu, & antiquam actionem am-

Digitized by Google

ampliùs exercere non posse ratione symboli cùm emptione *l. 2. ff. pro empto, l. 4. §. de illo, vers. demque fore, ff. de vsucap.* de symbolis enim idem est iudicium *cap. in causa de re iudic. l. non possunt, ff. de leg.*

27 Et consequenter voluit *Arias* ad intellectum *d. l. elegantèr*, vt mens Vlpiani intelligatur, esse ante omnia obseruandū olim frequentem fuisse dominij impetrationem, prout *in l. magis, §. si pupillo, ff. de reb. eor. & l. debitor, ff. ad Trebell.* cùm circulo anni ad pignus reluendum, iuxtà dispositionem *text. in l. vetustissimam, fin. C. de iur. dom. impetr.* quæ hodie noua Iustiniani Constitutione correcta, & antiquata sunt, ad quam vetustam dominij impetrationem respiciens *Vlpianus in d. l. elegantèr*, ibi, *si impetrasse dominy impetrationem, pignus euictum fuisse*, vt ex eodem Vlpiano nulla facta expressione, an antiquior creditor, vel vetus dominus illud auocauerit, existimarūt aliqui rem pignori datam fuisse alienam, & proindè dominium impetranti minimè quæri

28 potuisse, & euictionem non à creditore per hypothecam, sed à vero Domino per reiuendicationem secutam fuisse, quare, cùm in re aliena pignus consistere non possit, *l. 2. & l. aliena, ff. de pign. act.* neque etiam postea fuit dissolutum: cùm carentiæ sint habentium, & priuatio supponat habitum, *l. decem, ff. de verb. oblig.*

29 Nec dicunt obstare verba illa, *videtur finita esse pignorum obligatio*, quia expemdunt verba illa, *pignoratitia actio*, quæ competebat creditori, vel contractus pignoratitius, secundum commentum *Castr. ibidem num. 6.*

Quam supradictorum Doctorum sententiam confutando *Arias* applicuit se interpretationi *Butrigarij*, *& Guillelmi* dicentium rem pignoratam fuisse verè debitoris, & ab initio pignus extitisse, eiusque dominium per impetrationem factam à Principe ad creditorem peruenisse, remque non per reiuendicationem, sed per hypothecariā ab alio anteriore creditore meliora, & potiora habente euictam fuisse, & non per hoc denegandum: cū res euicta est; agere posse quàm ad agendum euictionis nomine, non refert quo genere actionis res euincatur, *l. si mancipium, §. 1. ff. de euict.* & inquirendo causam cur pignoris obligatio extincta videatur *in d. l. elegantèr*, cùm pignus

30 suas habeat conditiones, vt non alitèr dissoluatur, quàm si verè, & integrè debitum fuerit satisfactum, *l. si rem 9. §. omnis, ff. de pignorat. act. l. grecè 13. §. etiam, ff. de pign.*

31 Neque dici potest per dominij acquisitionem extinctum fuisse pignus, quia reuocabilis dominij acquisitio pignoris extinctionem non inducit *l. ex sextante. §. Iulianus ff. de except. rei iudic. l. debitor ff. ad Terbell.* concludit *Arias*. Ideo id

32 fuit, quia sic placuit creditori, qui voluit à contractu recedere: cùm ius pignoris sola creditoris voluntate distrahatur *l. soluitur ff. quib. mod.* vt apparet in textu ibi, *à contractu recessum*; ex contractu enim firmitatē habente ceù symbolo emptioni, & venditioni voluntas perfecta manet, & cùm in eodem dominio agatur per creditorem acquirendo *l. cùm manu. §. vlt. ff. de contrah. empt.* non

33 compatitur cùm primo contractu pignoratitio; cùm in re propria pignus non consistat *l. neque pignus ff. de reg. iur.* & consequentèr prior contractus symbolizatur in posteriorem conuentionē, & à iure pignoris dicitur recessum, & tamèn si postea non sequatur effectus acquisitionis dominij, hoc nihil ad Rhombum, quin minus creditor, qui existimabat dominium sibi acquiri, intelligatur habuisse animum recedendi à priori cōtractu, vt in *d. l. quod meo. §. si furioso ff. de acq. poss.*, quàm rationem extollit *Petrus Barbosa in l. si alienam num. 508. ff. solut. matr.*, tàm si agatur de iure dominij à Principe impetrando, quàm etiā de qualibet datione insolutum speciei pro quantitate, & sic clarissimè patet, Vlpianum voluisse actionem pignoratitiā contrariam esse concedēdam, sed quod magis priori contractu in posteriorem symbolizatur vtilem ex empto actionē accomodandam absque aliqua alia illa-

34 tione, vt Faber male putabat, ex quo non res creditori pro debita quantitate insolutum data est, si euincatur, vtilis ex empto actio competit *l. 4. C. de euict.* ergo eodem Iure cùm creditor ob retardatam solutionem à Principe impetrauerit, vt pignus iure dominij sibi possidere

Digitized by Google

dere liceret, si postea euincetur, vtilis actio ex empto concedēda erit, & proindè male loquutus *Bald. in d. l. elegantèr in lectura antiqua, & in l. si prædium C. de euict.* quando considerauit, ideo pignoris obligationem manere extinctam, quia ibi res euicta fuit per anteriorem creditorem, quo casu cùm agatur hypothecaria, quæ nudam possessionem auocat *l. si cùm creditor ff. de euict. l. 3. §. generaſ ff. de acq. poſſ. ff.* dominium manet penes creditorem à Principe impetratum, & sic non obstat *text. in d. l. ex sentante §. latinus ff. de except. rei iud.* cũ reiuendicatione actum esset, supereſſe veterem actionem *ex d. l. libera*, quia tamensi pignoratitia nudam possessionem auocat *d. l. cùm venditor*, potest tamen creditor, qui pignus auocauit, iure suo vtens, illud distrahere, & dominium in accipientem transferre *l. qui à creditore C. de distr. act. pign.*, quo casu cessat ratio à Baldo pependa, pro vt in specie confutatur *à Capicio decis. 49. in fine.*

37 Textus vero in *d. l. qui rem* loquitur in socero possessionem obligante, idest promittente, & soluente Genero, quo casu, cùm sit debitor speciei, non alitèr liberatur, quàm si in accipientem dominium faciat, ad *text. in l. vbi autem §. vlt. ff. de verb. oblig.*, & ibi *species pro specie fuit soluta*, in quo casu euicto, vetus actio manet, & proindè concludendum cùm excogitatis *per Arias. dicte*

36 legis, *elegantèr*, scilicet symbolizari cũ primo periodo *d. l. 1. C. de rer. permut. & text. in l. qui res symbolizari* cum secunda dispositione eiusdem legis.

Quod ad eo verum est, vt accedente dicto consensu creditoris, bona illa sic

37 distracta non reincidunt in obligationem bonorum omnium præsentium, & futurorum, vt per *Barbat. nostrum d. assist. gl. 15. lim. 11. sub num. 144.* nisi eadem bona reuerteantur ad eundem debitorem per reuocationem dationis insolutum, vel per resolutionem venditionis, vel ex natura contractus, vel ex eademet conuentione, vel ex causa, qua fuerunt alienata, iuxtà *text. in l. voluntate ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solu. vt post Neguſ. & Franch. in locis relatis per Barbat. voluit ipse in d. tract. de assist. gl. 12. sub num. 219.* & sic debent intelligi, & distingui omnes *text. & Doct.* in contrarium adstipulantes, & signantèr *Afflict. decis. 8. & 16. Barb. d. gl. 12. nu. 212. & Mang. d. quæst. 144.*

Quod patet ex altero Pauli responso in *d. l. ex sentante §. latinus largius in fine*, ibi, *in præposita autem quæstione magis me illud mouet, nunquid pignoris ius extinctum sit domino acquisitio: neque enim potest pignus perseuerare, domino constituto creditore, actio tamen pignoratitia competit, verum est enim, & pignori datum, & satisfactum non esse, quare puto non obstare rei iudicata exceptionem*, per quem textum magnum festum faciunt Doctores pro sententia contraria, quod imò re adiu-

38 dicata, & postmodum euicta reuiuiscant priora iura, vt apud *Marot. de secundo creditore offerente sub num. 37.* & post eum *Monenta dicta decis. 45. sub nu. 15.* quia ibi neque dominij acquisitio, neque creditoris consensu fuit inducta pignoris extinctio: non enim dominij acquisitio, quia fuit reuocabilis *Capyc. decis. 202. num. 4. D. Merlin. d. cap. 27. num. 7. Tiraq. de retr. lign. §. 1. gl. 7. num. 70.*, nec creditoris consensus, quia res obligata ex alio, quam ex causa debiti ad creditorem peruenit, atque ità non potuit cedere indebiti satisfactionem, neque pignoris obligationem extinguere *Surd. d. decis. 266. nu. 6.*, & creditor eam ex causa pignoris tenere ignorabat, vt dicit *Fab. Anna cons. 35. num. 20. & cons. 90. nu. 17.*, & ideo animum extinguen-

39 dæ prioris obligationis habere non potuit; cùm nemo dicatur renunciare iuri, quod sibi competere ignorabat *l. tres fratres ff. de pact. l. mater §. cæterum ff. de inoffic. testam.* solutio enim, vt tollere possit obligationem, de vera; & irreuocabili intelligitur, vt tollere possit obligationem *D. de Franch. d. decis. 50. num. 6.*, & quod potest recipienti auferri, solutum non dicitur *l. cum quocumque ff. de legat. primo l. qui sic voluit ff. de solut.* & sic semper quod res, cuius dominium in accipientem debitor ex lege conuentionis, vel ex natura contractus non transfert, vt ei euelli nequeat, vt in *l. vbi autem §. vlt. iuncta gl. ff. de verb. oblig.*

non

non dicetur irreuocabilitèr quæsitum dominium, & proindè bene potest ad primeua iura redire, notandum verbum, *ex natura contractus*, nempè venditionis, vel permutationis, vt supra diximus, & consequentèr semper conciliandum est, iuxtà dispositionem *d. l. prima C. de rer. perm.* dato symbolo contractu, in quo magis adæquari valeat, & possit ad diffiniendam suprapositam illationem, & sic habes iurium, & Doctorum amicitiã, à qua non se elongauerunt *Mangil. de euict. quæst.* 145., *& Grat. discept. forens. cap.64. in fine*.

40 In neutro casu erit locus ius retractus ad intellectum *constit. sancimus de iure prothom.* non in primo, quia non est verà venditio, sed contractus symbolus venditionis, & in statutis non attenditur quod symbolũ est, sed quod realitèr est *Neapod. in consuet. Neap. vers. emit n.7. de iure congrui*, sequitur *Reudella de iure proth. vers. non aliter nisi num.* 32. *& in vers. ex permut. num.* 48. quicquid distinguat *Mangil. de subhast. quæst.* 120. *sub nu.* 2. *&* 11. non in secundo, quia in permutione non datur hæc facultas, vt excipit dicta constitutio, nisi in fraudem fiat *Petrus Gregor. Tholos. syntagm. iur. ciuil. Vniuer. lib.26. cap.12. sub num.* 2., qui licet alitèr sentiat in primo casu *d. lib. 26. cap.11. in fine*, vbi sic publicè poblematicè disputasse fatetur: tamen haud recedendum est à nostra opinione, ex quo sumus in statutis, quæ strictam recipiunt interpretationem, & non adimplentur per æquipollentia, vulgatis iuribus.

A R G V M E N T V M.

Annuus redditus permutatus cùm re stabili, in quo genere contractus sit symbolus, & quid si res permutetur cùm altera re.

S V M M A R I V M.

1 *ANnuus redditus permutatus cum re stabili an sit symbolus venditioni, vel potius permutationi nu.* 2.

3 *Pactum luendi non mutat substantiam contractus.*

4 *Annuus census habitu est perpetuus, licet in potentia redimibilis, quod in annuo censu vitalatio num.*5.

6 *Minor an possit annuos census alienare sine Tutoris authoritate, & Iudicis decreto cùm causæ cognitione.*

7 *Ciuitas, vel Vniueasitas an possit vendere censum.*

8 *Ecclesia, vel eius Prælatus, an possit censum alienare.*

Quid si commutetur census à censuario cùm alio censu coæquali, & num. 9. 10. *&* 12.

13 *Redita montium an reputentur inter stabilia.*

14 *Res permutata sortitum naturam alterius rei, cùm qua permutatur.*

15 *Res subiecta fideicommisso an possit permutari cùm altera re libera, & n.*21.

16 *Verbum* alienare *est generale ad omnem actum.*

17 *Permutatio est symbola venditioni.*

18 *Permutare verbum pro vendere sapè sumitur.*

19 *Republica interest vt defunctorum voluntates suum sortiantur effectum.*

20 *Hæres grauatus non habet ius alienandi in re subiecta fideicommisso.*

22 *Prohibitio facta filijs non comprehendit nepotes.*

23 *Venditionis appellatione non venit permutatio.*

24 *Prohibita alienatione rerum dotalium, non censitur prohibita permutatio.*

25 *Res subiecta fideicõmisso cùm altera re libera permutata transferunt qualitatem subiectionis in eandem rem liberam permutatam.*

26 *Alienatione prohibita, non censetur prohibita diuisio.*

27 *Diuidere, & permutare paria sunt.*

28 *Diuisio inter coheredes semel permittitur.*

29 *In permutatione an res sortiatur naturam alterius rei permutatæ.*

30 *Res subiecta fideicommisso restitutoriò an permutari possit.*

Res

31 *Res prohibita alienari an possit permutari, quod intellige vt num.* 32.

33 *Res prohibita alienari non potest permutari, si expressa sit prohibita permutatio.*

34 *Res, in qua testator affectionem habuit an permutari possit.*

35 *Bona immobilia subiecta fideicommisso quando permutari non possunt.*

36 *Bona purè relicta per fideicommissum cum prohibitione alienationis an possint permutari.*

37 *Testator prohibens certam rem particularem alienari, an possit ea permutari.*

38 *Permutatio est licita in casu prohibitionis alienationis, si redundaret in maiorem valorem.*

39 *Permutatio est licita, quando iustificatur vtilitas pro fideicommisso.*

40 *Res fideicommisso subiecta permutata cum re libera, efficietur libera, & libera efficietur subiecta fideicommisso.*

41 *Res, libera quæ sortita fuit naturam rei fideicommissaria per permutationem, an si iterùm permutetur cùm altera re libera pariat symbolum effectum.*

42 *Res libera permutata cùm re emphitheutica, an sortiatur eiusdem naturam, & quid in re feudali num.* 43.

Res Ecclesiastica an possint permutari absque solemnitatibus.

44 *Argumentum de emphitheusi ad feudum non valet.*

45 *Res feudalis an, & quando possit permutari cùm re allodiali.*

46 *Pratium feudi an sortiatur naturam rei feudalis.*

47 *Res emphitheutica an possit permutari, irrequisito Domino Ecclesiastico, & num.* 48. 49. 50. & 51.

52 *Res permutata cum alia re dotali an sortiatur naturam rei dotalis.*

53 *Priuilegium concessum alicui rei extenditur etiam ad bona subrogata.*

54 *Prohibitus acquirere nouum locum, non prohibetur locum acquisitum permutare.*

55 *Dispensatio concessa primis beneficijs, an extendatur ad cætera.*

56 *Permutantes beneficia an possint ad antiqua redire, num.* 57. 58. 59. & 60.

61 *Permutans hæres grauatus an possit trebellianicam, & legitimam sibi retinere super re permutata in eius electione.*

CAP. XIII.

1 NON absque controuersia pertrãsit articulus iste, an scilicet annuus redditus permutatus cùm re stabili habeat symbolum cùm emptione, & venditione, an potiùs cùm permutatione: Nàm *Tiraq. de retract. cõuent.* §. 1. *gl.* 14. *num.* 119. & 120. tenet, quod cùm census redimibilis sit ad nutum, emptio potiùs, quàm permutatio esse debet, maximè si res, super qua contractus est census, probabilitèr esset redemptura, *Igneus in l.* 3. §. *si cognitioni, vers. & si aliud nu.* 46. *ff. ad Senat. consult. Sylian. voluit Pinell. de Rescind. cap.* 1. *num.* 3.

2 Contraria opinio, quod imò sit permutatio, probatur ex eo, quia verè is permutat, qui rem soli pro annua, vel menstrua pensione præstat, *l. vlt. C. de rer. permut.* & dicitur permutatio rei immobilis cum re immobili, quia annui redditus symbolizãtur, ceù tertia species cùm suo adiuncto *Abb. in cap. nulli de reb. eccl. non alien. Alex. in addit. ad Bart. in l. monentium, ff. de verb. sign. Marian. in tract. de oblig. col.* 14. *Gab. comm. concl. lib.* 6. *tit. de verb. sign. concl.* 8. *in fine folio mihi* 607. sed sic est, quod ratione adiuncti in nostris terminis magis est adæquatio, & proportio, vt ista tertia species symbolizetur cùm contractu permutationis, ceù magis naturali, quàm venditioni, vt diximus, ergo.

Probatur secundo, quia si annuus cẽsus est tertia species, & tanquàm nomen debitoris connumeretur inter speciem; non verò inter pecuniam, vt *in l. eum à quo, C. de solut. & liberat. gl. in l. sed & si cæteros, ff. de legat.* 1. quando enim datur species pro re, non dicitur venditio, sed permutatio, vt *in l. dedi tibi pecuniam, & in l. naturalis, §. & siquidem, ff. de condict.* ergo,

3 Nec obstat ratio in contrarium adducta, quod scilicet debitor pensionis habet facultatem extinguendi censum, ex eo, quia pactum luendi nõ immutat substantiam rei, vt probat *Mantica de tacit. lib.* 25. *tit.* 3. *sub num.* 6. & 7. & annui redditus dicuntur perpetui propter dubium redimendi, & computantur inter fructus, vt patet in sua descriptione, vt *sit præsta-*

Q *tio*

tio quadam, quæ datur de prouentibus rerū immobilium, prout collexit *Barbatus in tract. de diuis. fruct. inter plures, illosque diuersos parte prima cap. 8. sub num. 46. ex textu in cap. quæsitum in fine 1. q. 3.* & existimari debent vt fructus, qui renascun-
4 tur, quos pecunia parere non potest, & proindè habitu sunt perpetui: tametsi in potentia redimibiles, *Rendella de iure proth. §. 4. verbo ex permut. n. 42.* qui subdit ex eo esse, quod annui census emuntur, & venduntur, & ideò prætiū esse non possunt, cùm in emptione, & venditione aliud est pecunia, & aliud merces, & sic tanquàm merces, & species symbola est permutatio, non verò venditio, quando pro re immobili dantur, & traduntur,
5 quod procedit etiam in annuo censu vitalitio, qui symbolizatur annuo censui regali, quod ad effectum dominij: cùm in vita constituentis census formatus dicatur super re stabili, & ratione illorum fructuum exigitur, iuxtà formam *Regiæ Pragm. de qua per Barbat. nostrum d. tract. de diuis. fruct. lib. 2. cap. 12. per totum*, vbi etiam habes symbolum contractum sodalitatis, siuè societatis officij cùm dicto contractu vitalitio, & ad vitam nauis, vt *sub num. 4. & 5.* & nos infra peculiaritèr dicemus.

Et proindè: cùm in materia odiosa debeat semper annuus census sumi pro re symbola cùm adiuncto, de quo agitur, vt excludatur maius præiudicium possidētis, resultat exindè.

6 Minorem possidentem hos annuos census non posse illos alienare sine Tutoris authoritate, & Iudicis decreto, causa cognita si expedit, ad instar rei stabilis, *Bald. in cons. 548. lib. 5.* nec diuidi inter fratres minores *Cassan. in consuet. Burg. rubr. des rentes 5. col. 806. uers. tu dic*, vbi affirmat, tales ānuos redditus appellari panes ciuiles, *Guid. Papa sing. 196. Tiraq. d. gl. 6. n. 3. & seq. Bald. in l. fin. C. com. diuid. Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 2. casu 171. Boccac. de censib. par. 3. sub num. 62. uers. et ideò, Prosper Rēdella de iure proth. §. causa uerò dotis, uers. permut. sub num. 4. Ant. Gabr. d. concl. 8. num. 1. ubi sub num. 2.* tenet id locum etiam sibi vendicare, & si annuus census posset construi super re mobili contrà *Bart. in l. sciendum in princ. num. 10. ff. qui satisdare cogant.*

7 Ciuitas, vel Vniuersitas aliqua nec potest censum super bonis Ciuitatis cōstituere, vel vendere sine solemnitatibus, quæ in venditione rerum immobilium Vniuersitatis requiruntur, iuxtà *text. in l. fin. C. de uendit. rer. Ciuit. lib. 11. Tiraq. d. gl. 6. num. 6.* in Regno requiritur publica conclusio, vrgentia Vniuersitatis, & Regius assensus, vt extat dispositum per *Regiam Pragm. D. Beltrani Gueuar. quæ est ult. in prærerm. sub tit. de admin. Vniuers.* Hinc est, quod neque Vniuersitates fideiubere possunt pro tertio, iuxtà approbationem *Sixti Papę IV. de anno* 1586. prout refert *Boccac. loco cit. sub num. 43.*

8 Nec Ecclesia absque solemnitatibus alienare, vel permutare potest annuum censum. *§. iubemus nulli, C. de Sacros. Eccl. Bald. in cap. ad audientiam el. 2. col. 2. de censib. Tiraq. d. gl. 6. num. 6. uers. nec annuos quoque, Mangil. de subhast. q. 105. sub n. 9.*

9 Cæterùm dubia quæstio est, quid si ego vendidi Ecclesiæ minori, vel Vniuersitati annuum censum super re mea stabili, cùm pacto expresso, vel sub intellecto redimēdi, quid si postea pro luitione, siuè retrouenditione dicti annui census dedi Ecclesiæ, minori, vel Vniuersitari alium æquiualentem annuum censum per me contrà tertium constitutum; dicatur valida dicta censuum permutatio, quando in contractu non accesserint solemnitates, & Iudicis decretum.

10 Hunc articulum habui in facto, & licet pro parte Ecclesiæ allegaretur pūnctualis decisio, de qua apud *Ricc. collect. decis. coll.* tamē incontrarium firmitèr insteti, ex eo, quia hic census non erat fundatus super re stabili Ecclesiæ, iuxtà vnū modum formandi censum, nempè quando quis tradit rem suam alicui, & in dominij translatione in accipientem onus imponitur, censum quotannis soluendū super eadem re, quod aut fit cum omni dominij translatione, & dicitur censualis
11 contractus, aut cum reseruatione dominij directi penès dantem, & tradentē, & est emphytheusis, secundum *gl. in cap. constit. uers. iuxta ratam extra de relig. dom. 6.* tùnc enim, ex quo constitutus annuus census de fundo ecclesiæ probabilitèr

sitèr requireretur, & solemnitas, & assensus, ex quo tùnc Ecclesia non poterat cōpelli præcisè ad dictam permutationem, & quando spontè, quia elexit facultatem alienandi, debet dubio procul in dicta facultate interuenire causæ cognitio, & assensus, ad iura supra tradita.

Quod secus est in altero modo constituendi censum: quando scilicet quis
12 emit super re aliena annuum censum sibi soluendum, tunc enim dici non potest census de fundo, sed benè super fundo, eum solutioni obligando, & supponendo qui censum vendit, iuxtà *text. in l. fin. §. Lucius, ff. de contrah. empt. Crauetta cons.* 217. *num.* 4. tùnc, ex quo nullam habet Ecclesia proprietatem in illo fundo, super quo aderat facta per eam emptio census, non dicebatur alienare, quando pro redemptione fuit sibi solutū per alium æquiualentem censum, quod sibi debebatur in pecunia pro redēptione dicti census necessariò redimibilis, quàm si voluntarij quoad dationem alterius census: cum electio illa non erat in causa prohibitorum alienabilium, sed necessitas redimendi, quæ cessare faciebat omnem prohibitionem, tametsi non redemptus eo modo, quo census fuit cōtractus, mediante scilicet pecunia: nàm hoc erat, quod nullibi reperiebatur cautum, quin loco illius pecuniæ non poterat Ecclesia sibi quærere alium censum æquè validum, & securum, & sic cùm census in isto vltimo casu non poterat connumerari inter pensiones, quæ soluuntur de re propria Ecclesiæ, secundum differentiam traditam *per Menoch. de præsumpt. libr.* 3. *præsumpt.* 106. *num.* 12. *Grinell. decis. dolana* 20. *in princ.* nunquàm poterat dici aliquid possessum per Ecclesiam, ob quod alienandum requireretur assensus, sed resolutio dumtaxàt primi census virtute pacti resolutiui, secundum naturam contractus, hæc causa fuit media transactione sopita.

13 Credita verò Montium non reputantur inter immobilia, vt pulchrè apud *Ruin. in cons.* 82. prout etiam annua præstatio, quæ sola est in obligatione non ratione sortis, puta de promissione de soluendo singulo anno, vel de legato annuo, & consequentèr, tametsi possidēres annuos census releuentur ab onere satis dandi, vt *per Cassan. loco cit.* tenentes verò talia credita non releuantur ab illo onere, *l. sciendum, §. si fundus, ff. qui satisd. cogant.* & hoc tali modo sunt intelligendi *Doct.* allegati *per Boccac. mox supra cit. sub n.* 61., distinguentem *Ruin. d. cons.* 82. *in fine*, & iuxtà adducta per *Cassan. loco cit.*

14 Insuper habent pro constanti Doctores, quod res permutata sortitur naturā illius rei, cùm qua permutatur *Decian. resp.* 55. *num.* 75. & 76. *vol.* 3. *Mar t. cons.* 20. *per totum, Bald. cons.* 102. *Mansuer. in tit. de societ. §. item dicitur, Cæsar. Monent. decis. Mant.* 25. *num.* 3. *Aff. ict. decis.* 376. *Bursat. cons.* 173. *num.* 18. *Menoch. cons.* 70. *num.* 8. *Crauett. cons.* 24. *nu.* 3. *Iacob. Non. cons.* 28. *num.* 23. *Castr. cons.* 77. *nu.* 2. *vol.* 2. *Thor. compend. decis. par.* 1. *verbo pratium peruentum, Masull. ad Capyc. decis.* 194. *Costa remed. subsid.* 6. *Guz. alleg.* 4. *Mantica de tacit. lib.* 25. *tit.* 1. *num.* 14. *D. Reg. de Ponte de potest. Proreg. tit.* 1. *§.* 2. *n.* 10. &

15 Proindè solet primo quæri an res subiecta fideicōmisso possit permutari cū re libera, & dicēdū videtur (prima, quod aiunt, fronte) non posse, quia à lege videtur prohibita alienari, *auth. res quæ C. com. de legatis*, satis enim intolerabile est, ne dicatur inconueniens, & absurdum, rem, quam quis in suis bonis purè non possidet, ad alios posse transferre, & alienam spem circumuenire, *l. vlt. §. sed cùm eod.* & quamuis res in diem incertam, vel sub conditione relictæ, interim donec dies, vel cōnditio extiterit, alienari possint, verùm adueniente restitutionis casu, retrofingitur non facta alienatio *d. l. vlt. §. sin autem conditione*, & hoc primo argumento vsus fuit *Mantica* post alios *de tacit. lib.* 25. *tit.* 4. *in princ.* Vnde
16 si prohibita est alienatio, ergo & permutatio, quia *verbum alienare* est generale ad omnem actum, per quem, dominium transfertur, *l.* 1. *C. de fund. dot. l. fin. C. de reb. alien.* vbi expressè dicitur, quod alienationis verbum continet permutationē, sed per permutationem transfertur dominium, ergo, *Decian. d. resp.* 55. *sub num.* 53. quod specialitèr expressum est *in cap. nulli de reb. Eccl. non alien. vbi Ioan. Andr. in addit. ad Spec. Ias. in l.* 1. *ff. de ver.*

permut. Bertach. in tract. de episc. 4. parte quæst. 45. num. 150. vers. nunquid prohibitus alienare possit permutare.

Secundo probatur, quia permutatio est symbola venditioni, *l. Titia*, & ibi *Bald. ff. de iure dot. l. apud Celsum, §. si quis autem in vers. auth. de dol. except. l. 2. C. de rer. permut. l. vlt. ff. quib. ex caus. in possess.*
18 *eat.* cùm, & permutare pro vendere sanè fu nitur *l. si ei, §. seq. ff. de iure dot. & l. si mulier, ff. de pact. dotalib*, & dictante statuto, vt vicinus agnatus præferatur in quacunque alienatione facta extraneo, extenditur etiam in permutationem, *Alex. cons. 197.*

19 Tertio expedit enim Reipublicæ, vt defunctorum voluntates suum sortiantur effectum *l. vel negare, ff. quemadm. testi. aper. gl. in l. gallus, §. quid si is in verbo vtilitatē, ff. de lib. & posth.* ergo res subiectæ fideicommisso non possunt permutari, vt aliæ restituantur.

20 Quarto hæres grauatus non habet ius alienandi in re subiecta fideicommisso, cùm expressè prohibitum, sed qui nullū habet ius in re permutata remanet permutatione vacuus ex traditione vacua alteri permutanti facta *Menoch. cons. 91. num. 34. & 35.* Hinc est, quod quando vnus ex permutantibus habet ius in beneficio, alter non, permutatio ipso iure redditur inanis, quia ad hoc vt permutatio valeat, requiritur, vt res sint permutātium *Doct. in cap. 1. de rer. permut. & Anch. & Imola in cap. fin. eod. tit.* qui dicūt, quod qui habet ius reddit ad suum beneficiū, qui non habet, non reddit, quia nullum ius habet *Cæsar. Monent. decis. Mant. 20. num. 6.* maximè accedēte speciali prohibitione testatoris *Rol. cons. 94 num. 19.*

21 Cæterùm in cōtrariū est veritas, nēpè quod res subiectæ fideicommisso possint permutari, quia tametsi à lege sint prohibitæ alienari, non enim sequitur, ergo nō possunt permutari: cùm simus in prohibitione odiosa, vt notat *gl. in aut. de restit. spoliat. §. nos igitur, Bart. in l. filius fam. §. diui col. vlt. ff. de leg. 1.* quem com-
22 muniter sequuntur, ex eo, quod prohibitio facta filijs, non comprehendit nepotes, licèt aliàs appellatione filiorum veniant nepotes *Decian. cons. 445. in casu ad me transmisso num. 52. & cons. 513. vi-so test. am. num. 5.* sed in odiosis appellatione alienationis non venit permutatio vt tradit *Bald. in l. 1. C. de rer. permut. & Spec. in tit. de empt. & vendit. §. nunc dicē-*
23 *dum, §. sed pone statum.* Hinc est, quod si emphyteuta, alienat irrequisito domino, priuatur iure suo, *l. vlt. C. de iure emph.* qui text. loquitur per verbum *alienare*, & tādem si permutat non priuatur iure suo, *Bald. in l. §. vlt. ff. de legat. 1. Imola in cap. potuit de locat. col. 9. vers. an autem possit*, maximè quando à domino non possit habere eandem rem in permutatione, quàm ab alio habere poterat *Abb. cons. 74. num. 4.* sequitur *Dec. cons. 160. in causa Monasterij in princ. num. 2. vers. præterea*, & licèt prohibita sit alienatio rerū dotalium, vt in *toto tit. ff. & C. de fundo dot. & l. Vnica, §. & cùm lex Iulia, C. de rei*
24 *vxor. act.* at tamen non intelligitur prohibita permutatio, *l. ita constante, & l. vlt. ff. de iure dot.*

Secundo res immobiles Ecclesiarum à iure canonico, & ciuili sunt prohibitæ alienari, vt *in toto tit. de reb. Eccl. non alien. & in auth. de non alien. reb. Eccles.* & tamen possunt permutari, *Bald. in l. tūm vj, §. eum il 1. ff. de transact. Card. Rub. in l. 1. in princ. ff. de reb. Eccles. non alien.* ergo simili modo in rebus subiectis fideicommisso.

Tertio res permutatæ liberæ cùm alijs subiectis fideicommisso cùm suscipiant eandem naturam, & qualitatem, vt pariter subiectæ restitutioni intelligan-
25 tur, *l. Imperator, §. vlt. cùm duob. seq. ff. de legat. 1.* adeo quod fideicommissarius potest retinere bona prædicta permutata, & in eorum possessionem immittendus, prout decisum refert *Thoro compend. decis. Regni par. 3. sect. 2. in verbo permutatio*, & sic à principio relicta ab ipso testatore, *Menochius cons. 372. nu. 12. Grauetta cons. 573. n. 3. vers. 3. Decian. respon-so 27. num. 8. & resp. 52. num. 28. lib. 1.*

26 Quarto probatur: nàm prohibita alienatione, non censetur prohibita diuisio *Bald. cons. 85. vers. verbis testament. in fine vol. 5. dec. cons. 88. Paul. de Castr. in l. voluntas C. de fideiuss. Alex. cons. 189. nu. 3. lib. 2. & cons. 7. num. 5. lib. 5. Bero cons. 86. Menoch. cons. 722. num. 48. & seq. Peregr. de fideicom. art. 8. num. 518. & seq. Fab.*

Digitized by Google

Fab. de Monte tract. de empt. & vendit. quaest. 3. *art.* 22. *num.* 45. rationem assignant, quia diuisio dicitur quaedam permutatio, ergo prohibita alienatione,
27 non prohibetur permutatio, cùm paria sint diuidere, & permutare *Fusar. de fideicom. subst. quaest.* 207. *sub num.* 5. *& quaest.* 530.

Nec obstat, quod diuisio est permissa inter cohaeredes pro vna vice tantum,
28 non autẽ quod iterum liceat diuidere, & permutare *l. bones §. hoc sermone ff. de verb. sign.*, ergo cùm semel diuiserint, non licuit iterum permutare diuisionẽ, quia respondetur litera *d. §. hoc sermone*
29 non habet locum in permutatione, per quam vna res subrogatur in locum alterius, quia censetur vna, & eadem sicut vnus actus non nous *Decian.* post omnes *in d. respon.* 55. *sub num.* 75., quod optimè procedit quando tractatur de fideicommisso restitutorio post mortem grauati per substitutionem inducto.

Pro resolutione supra positi quaesiti sunt aliqui casus aperiendi, in quibus apparere possit eiusmodi veritas, &c.
30. Primus erit casus quando ageretur de fideicommisso restitutorio post mortem grauati per substitutionem inducto, & tùnc receptissima est omnium sententia, quod valeat permutatio cùm re maiorem afferente vtilitatem, vel commodum, *Doct.* communitèr *in l. Imperator §. cùm autem ff. de legat.* 2. *& in hoc resedet Decian. in cons.* 55. *num.* 58. *Mantica de coniect. vlt. volunt. lib.* 7. *tit.* 8. *num.* 23. *Peregr. d. art.* 40., quod procedit etiàm ignorante, & dissentiente fideicommissario *Fusar. d. quaest.* 580. *nu.* 2. nàm alias si fideicommissarius consenserit, essemus extra aleam disputationis, quia tùnc fideicommissarius tenetur agere ad rem permutatam de consensu, non autem molestare illum, ad quem haereditas originalitèr haereditaria, & fideicommisso subiecta peruenit *l. quot. l.* 1. *C. de fideicom. Surd. decis.* 208. *num.* 12. *Peregr. d. art.* 40. *num.* 35. *Molina de primog. lib.* 4. *cap.* 4. *Menoch. cons.* 30. *Monenta decis.* 25. *sub num.* 3., quod secus esset, ignorante fideicommissario, ad tradita per *Thor. loco cit.*
31 Secundus est casus quando res fuit prohibita alienari, & in hoc casu etiàm valet alienatio iure vtiliori, vel commodiori *Bart. in auth. res quae num.* 22. *C. com. de legat. Ang. cons.* 509. *vol.* 1. *Castrens. cons.* 269. *lib.* 2. *Ruin. cons.* 28. *col.* 3. *lib.* 2. *Croc. cons.* 65. *num.* 14. *Alba cons.* 97. *Menoch. cons.* 1141. *nu.* 26. *Petra de fideicom. quaest.* 8. *nu.* 525. *Afflict. decis.* 336. *Franch. decis.* 355. *num.* 6. *Rodoan. de reb. eccl. non alien. q.* 2. *cap.* 4.
32 Et qui incontrariũ iuere, nempè *Alex. cons.* 1. *num.* 15. *lib.* 4. *Ioan. Firm. in tract. de episc. parte* 4. *num.* 150. *Ias. in d. l.* 1. *ff. de re permut. caeterique passim.* sunt intelligendi regularitèr; quando scilicèt fieret permutatio in deterius rei subiectae fideicommisso, vt explicat *Decian. d. resp.* 55. *Rodoh. d. quaest.* 2. *sub num.* 4. *&* 5.
33 Tertius est casus, quando expressè esset prohibita etiã permutatio; tùnc enim omnino seruari deberet Testatoris voluntas *Marzar. in epith. fideicom. parte* 1. *quaest.* 39. vel si dixerit, quocumque modo non alienentur, secundum magis communem opinionem, de qua testatur *Fusar. d. quaest.* 580. *num.* 8. *vers. limitatur secundo*, quod subintelligit si facta fuerit alienatio ad extraneos, secùs si in eos, qui sunt à testatore vocati, & substituti, quia tùnc nequaquam leditur voluntas ipsius Testatoris, sequitur post alios, *Mantica d. tit.* 4. *num.* 10.
34 Quartus est casus, quando res esset talis, quod ad eam affectionem particularem Testator habuisset, vt si esset Turris de familia, vel domus in Vrbe notabilis, vel in qua fuisset Testator educatus *l. quoties l. si ius familias §. diui ff. de legat.* 1. *Dec. cons.* 481. *Peregr. d. quaest.* 40. *num.* 33. *Mantica tàm de coniect. d. lib.* 7. *tit* 8. *num.* 27. *quàm de tacit. lib.* 25. *d. tit.* 4. *in fine*, & in hoc nota quod disponitur per *Regiam Pragm. Vnic. de Vingulis*.
35 Quintus est casus, quando Testator prohibita immobilium alienatione, dixisset, certum fundum alienari, cum hoc, quod pretium in alio fundo inuestiretur, qui sub fideicommisso contineretur, quia tùnc resultaret coniectura Testatoris, quod alia bona immobilia permutari non possent *Peregr. d. cons.* 40. *num.* 34. *in fine seq. Fusar. d. quaest.* 530. *sub num.* 10.

Sextus est casus si prohibitio alienationis

tionis concurrat cùm prohibitione le-
36 gis: nempè quando bona pure sunt relicta per fideicommissum, & expressè sunt prohibita à Testatore alienari; tùnc enim standum erit suprapositis, sin verò sunt relicta sub conditione, vel in diem incertam, quia interim possunt alienari, vt in *d. l. vlt. §. sin autem sub conditione*, & in hoc tota Testatoris prohibitio non concurrit cùm simplici, & absoluta prohibitione legis; nàm adueniente die, & adimpleta conditione alienatio resoluitur, & pro non facta habetur, ideo hoc, quia reuocabilis est alienatio, in casu verò irreuocabilis alienarionis, concurrente promissione hominis, & legis fauore dotis dumtaxàt inspicitur *Paul. de Castr. cons. 80. num. 1. lib. 1. Dec. cons. 519. num. 4. Curt. sen. cons. 63. num. 56. & 20. & cons. 27. num. 3. & seq.* quos pro communi opinione adducit, & comprobat *Mantica d. lib. 25. tit. 4. num. 9. in fine*.

37 Septimus est casus quando Testator prohibuisset certam rem particularem alienari, quia tùnc & permutatio censetur etiàm prohibita *Peregr. d. art. 40. sub num. 34.*

38 Octauus est casus quando Testator prohibuit alienationem, vt succurreret imbecillitati hæredis, ne labatur suis facultatibus, tunc enim licita erit permutatio si bona recepta in permutationem sint eiusdem valoris, *Alex. in l. alienationem num. 5. ff. de verb. sign. Capyc. decis. 108. num. 19. seq. Fusar. d. quæst. 530. sub num. 12.*

39 In cusu quo licita est permutatio sufficiet iustificare in effectu contractum fuisse vtilem fideicommisso *Paul. de Cast. d. cons. 269. col. 2. lib. 1. Soc. Iun. cons. 28. lib. 2. Peregr. d. art. 40. num. 32.* in fine, vbi notat, probandam esse vtilitatem pro fideicommisso adfuisse tempore contractus, nec futuras calamitates nocere, nec contractum euertere *l. verum. §. sciendum ff. de minor.*, verùm cautela erit ad euitandam omnem suspicionem, & futuram litem, faciat permutans decretum interponi cùm præcedenti causę cognitione, quia hoc modo turus erit, & tutior si omnia faciat, citato fideicommissario, quam cautelam ex abbundanti refert *Fusar. loco cit. sub num. 18.*

40 Vndè merito res permutata cum re fideicommisso subiecta in fideicommissi restitutionem, & res obnoxia euadet libera *Bart. & alij in d. l. Imperator Ruin. cons. 97. num. 10. lib. 5. Decian. resp. 27. nu. 8. & cons. 52. num. 28. & seq. lib. 1. Crauetta cons. 295. num. 4. & cons. 979. Menoch. cons. 70. Peregr. decis. Patau. 2. num. 4.* post alios *Fusar. quæst. 636. in princ.* vbi fatetur sic consuluisse in vna causa.

Quod ampliat etiã si per grauatum sit res permutata in tertium alienata, quia contrà tertium possessorẽ posset agi ad vendicandam illam rem tanquàm fideicommisso subiectam, allegat *Bursat. cons. 298. num. 18. lib. 13. Peregr. d. art. 40. num. 31.* qui testatur sic fuisse iudicatum: nàm per permutationem effecta est res quasi hæreditaria, ad *text. in l. itèm veniunt ff. de Pet. hæredit. Magon. decis. Flor. 16. num. 5. Vrsi'l. ad Afflict. decis. 369. nu. 10. Capyc. decis. 194. num. 15. Rota Auen. decis. 6. num. 4.*, & cùm successa sit loco hæreditariæ; sicuti ad rem hæreditariam alienatam datur actio contrà tertium possessorem, eadem ratione debet dari contrà rem in permutatione acceptam, & in loco alienæ subrogatam: cùm in causam fideicommissi incidat illa, & illa alienata efficitur libera, aliàs fideicommissarius esset delusus, nàm contrà rem alienatam non posset agere, quia cùm licita sit permutatio potuit alienari, & sic effecta est libera contra permutatam, & postea alienatam, non posset agere, nec illam, nec istam haberet, quòd non consonat iacturæ fideicommissarij, vt dicit *Fusar. loco cit. sub num. 2.* in fine, & si grauatus alienauit bona fideicommissi, & alia acquisiuit, bona acquisita præsumuntur quæsita loco alienatorum, vel saltim fideicommissarius poterit ea retinere pro reintegratione bonorum alienatorum *Peregr. cons. 35. num. 8. & seq. lib. 3.*

41 Sed pulchra est quæstio, ecce iàm res permutata cùm re obnoxia fideicõmisso in casibus permissis sit de libera fideicommisso subiecta, & è contrà, res quæ erat fideicommisso subiecta sit libera, ecce vltima res recepta in permutationem denuo cum altera permutatur

an

an hæc sit fideicommisso subiecta *Ias. in cons. 36. col. vlt. lib. 3.* tenet quod non, quod adeo dicit esse verum, & si destator dedisset licentiam grauato permutandi bona fideicommisso supposita, quē seq. *Pret. de interpret. vlt. volunt. fol. 345. num. 4. in fine*, quam sententiam duram esse, testatur *Fusar. d. quæst. 636. sub num. 4.*, & proinde reliquit cogitandum.

Iudicio enim meo, totum erit oppositum, quod imo res secundo loco permutata cùm ea, quæ successit loco fideicommissi, sit etiàm obnoxia fideicōmisso, cùm res pertranseat cùm sua causa *l. ista. §. si fundus ff. de seruit. rustic. l. alienatio ff. de contrah. empt. l. 3. in fine, & l. ex facto ff. ad sent. consult. Trebell. l. cùm fisco ff. ad syll. l. in facto §. fin ff. de condit. & demonstr.* vndè cùm permutatio sit in causa, vt res succedat loco rei permutatæ, ad iura supraposita, semper causa rei permutatæ remanet in permutatione, sed sic est, quod res permutanda succedere debet omnino in causa rei permutatæ, ergo res illa permutata ratione causæ, in qua est permutatio, succedit loco alterius rei permutatæ, quæ similitèr fuit in causa permutationis.

Secundo solet quæri an res emphytheuticæ, & feudales possint permutari
42 cùm re libera, & an res libera permutata cùm re emphytheutica, vel feudali succedat loco earum, & regula est, vt sinè licentia Domini directi non possit permutari *cap. potuit de loc. l. vlt. ff. de iure emph.*, & licèt tamèn emphytheusis distet à feudo: cùm feudum merum feudatarij beneficium continet: quia est beneuola concessio, & gratiosa, emphytheusis verò emphytheutam onerat ab initio, vt rem alioquin sterilem, aut minus vberem impensis, & suis industrijs faciat vberiorem, & meliorem, & ideo hic contractus dicitur meliorationis, & meliorationes cum iuribus emphytheuticis confunduntur, vt *in d. l. ult. & tot. tit. C. de iure emphyth.*, nec omnibus permissum est feudum dare, vt ex toto tit. qui feuda dare possunt, sed emphytheusim quilibet instituere potest §. *adeo instit. de loc.* sicut, & vendere, & alienare, tamèn solet dici ratione sui symboli in ijs omnibus, in quibus aliud expressim constitutum non est in feudo, quàm in emphytheusi regulis eiusdem regi emphytheusis, quibus, & feudum regitur, & quod dicitur de rebus feudalibus, idem dicendum de rebus emphytheuticis: cum de emphytheusi ad feudum rectè deducitur argumentum, sicuti è conuerso, de feudo ad emphytheusim *gl. in cap. 1. in verbo vtrumque an agnati vel filij*, pro vt de venditione, & locatione solemus dicere, siuè ergo feudalis res proponatur, siuè emphytheuticaria, quæ ex conuentione reuerti ad dominum debeat, moriente quandoq; emphytheuta sine liberis quæri quotidie solet: verum si talis res permutata sit cùm allodiali, valeat permutatio, & in vtroque casu stat regula, vt supra diximus, non posse fieri permutationem absque domini directi assensu, nisi tamen (& hoc etiam in vtroque casu, non posset emphytheuta, vel feudatarius à domino consequi quod habiturus ab alio, *Spec. in tit. de loc., & emphyth. §. nunc aliqua vers. 121. num. 147. & ibi Ioan. Andr. in addit. Bald. in l. si domus §. vlt. ff. de legat. 1. Imola in cap. potuit num. 16. de loc. Abb. cons. 74. num. 4. lib. 1. Ripa in l. qui Romæ. §. duo fratres num. 86. de verb. oblig. Clar. §. emphyth. quæst. 17. Decian. d. cons. 55. num. 61. Rimin. Iun. cons. 350. num. 5.*

43 Cæterum respectu feudatarij alitèr dicendum videtur, quàm dispositum agnoscitur in emphytheuta, ex quo si in feudatario consensus domini non esset necessarius in permutatione feudi, sequeretur, quod permutantes haberent feuda à se ipsis, & non à Domino, qui ius habet concedendi, & sic feuda efficerentur alienabilia contrà *text. in cap. 1. de proh. feud. alien. per Feder. Isernia in cap. 1. §. cùm autem de contr. inuest. Aluar. in d. cap. 1. in princ. num. 16. vers. quæro an Vassallus de proh. feud. alien. per Feder.*

44 Nec obstat quod res ecclesiæ, quæ non possunt alienari sine sollemnitatibus, & requisitis, possunt permutari, vt *auth. sed, & permut. C. de sacros. eccles.*, ergo idem dicendum de rebus feudalibus, quia respondetur, negando antecedens regularitèr *Rodohan. de reb. eccl. non alien. quæst. 2.*, & in casu ecclesiæ vtilitatis, non est sic in feudo, quod non est

est omninò symbolum emphytheusi : cũ feudum magis cohereat personæ, quàm Patrimonio, & expedit domino scire quem habeat feudatarium, & scire causas alienationis, & vassallorum suorum, interest enim domino habere Titium, & Petrum in Vassallos, & non alios, ex quo motiuo fuit interdictum Proregibus Neapolis per Catholicam Maiestatem, ne præstent assensum in feudis in Regno possessis per exteros, vt notat *Tapia in decis. supre cons. Ital. 11. sub num. 7. vers. cùm igitur, & vers. nec sufficiat.*

44 Et sic argumentum de emphytheusi ad feudum, vel è contrà locum sibi non vendicat, quando aliud expressum, vel statutum, vel si diuersa ratio reddi possit *gl. in cap. 1. in uerbo refutare de Vass. qui contrà, Constrer. Loth. & Bald. in cap. 1. an agnati, uel filij Socc. Iunior cons. 71. seq. Mantica loco cit.*

Et quod dicitur, feudum datum in permutationem suscipere naturam feudi acceptati, per regulam, quod subrogatum capit naturam subrogati, in cuius loco subrogatur *l. si donata §. si sponsus ff. de donat. intèr uir. & uxor. & l. Imperator. § ult. cum l. seq. ff. de leg. 2.* debet intelligi, vt habeat locum, quando permutatio facta est cùm assensu domini directi, secundum *Afflict. in cap. 1. § non autem in 4. not. de contr. in uest. D. Reg. de Ponte de potest. Proreg. tit. 1. § 2. sub num. 11.* ante eos *Andr. in cap. 1. de Vass. decrep. ætat.*, qui loquuntur, quando feudum antiquũ cùm nouo de consensu domini permutatur, quia hoc non habet naturam antiqui feudi *Afflict. in cap. 1. de grad. success. in feud. Menoch. cons. 320. num. 40.* tùnc enim si permutatio legitimè facta fuerit verè, non fictè, vna res in locum alterius subrogatur, & effectus vnius in alium symbolizatur *l. si eum §. qui iniuriarum ff. si quis caut. & l. uxor marito ff. de donat. intèr uir., & uxor. § fuerat instit. de act.*, quod non dubitaretur si sic expressè inter partes actum esset *Crauetta cons. 973. nu. 6. vide Thor. Compend. decis. Regni parte 1. in verbo permutatio alicuius rei feudalis.*

Et quãdo permutatio rei emphytheuticæ, siuè feudalis cùm re allodiali dicatur facta non rectè, & in fraudem, satis disputat *Antonius Faber quæst. Iud. decad. 6. err. 2.*

45 Illud autem, quod consensus domini sit necessarius in permutatione rerum feudalium, limitatur, vt non habeat locum quotiescumque res feudalis commutatur intèr agnatos comprehensos in inuestitura, quia inter eos alienatio non interdicitur *cap. 1. §. non vero, qui feud. dar. poss. & cap. 1. vers. & licet de alien. feud. pet. & in cap. 1. § prater ea de prohib. feud. alien. per Feder. in Regno est absolutissimum* secundum *de Franch. decis. 71. num. 17., & decis. 591. de Ponte de potest. Proreg tit. de refut. § 1.* qui loquuntur per refutationem, quæ debet saltim registrari in Regia Camera infrà quindecim dies, aliàs esset nulla *Pragm. 20. de feud.*, quid si fuerit impetratus assensus super refutatione prædicta, an debeat practicari dispositio *Regia Pragm.*, quòd assensus expediatur infrà biendium in forma Cancellariæ, an verò *Prag.*, vt registretur infrà quindecim dies in Regia Camera, vide de *Franch. decis. 663. num. 8. & Georg. alleg. 13.*, & an prætium peruentum ex re feudali dicatur feudale, vide *Loffred. cons. 11. num. 10. cùm seq. Molina de Hispan. Primog. 2. par. lib. 4. num. 28.* tenent quod non sit feudale, nisi expressè actum sit, & tùnc emptor ex prætio feudi antiqui dicitur etiam antiquum, vt fatetur *Georg. alleg. 4. Peregr. decis. 2. post. num. 4. vide Reg. latro consult. 46. sub num. 1. & seq. vol. 1. D. Merlin. contr. forens. cent. 2. cap. 9. nu. 34.*, & proindè vendito feu-

46 do, & habita fide de eius prætio, potest prætium illud postea remicti in partem, vel in totum, nullo assensu requisito *D. de Ponte cons. 2. sub num. 8. vol. 1.*

47 Sententia verò, quod emphytheusis possit permutari, irrequisito domino, habet etiàm locum in emphytheusi ecclesiastica *Dec. cons. 160. in princ.*, qui loquitur de permutatione facta inrequisito Monasterio, *Mantica d. tit. 4. lib. 25. sub num. 2.*, qui dicit, quod sufficit si conditio rei permutatæ deterior non fiat, vt valeat talis permutatio : tamen si melior fiat conditio ecclesiæ, cessat omnis prohibitio alienationis, vnde si emphytheuta permutat rem emphytheuticam, saluo iure

iure ecclesiæ in canone debet valere permutatio, sicut de donatione scribit *Bald.in l. vsufructu ad finem num.7. ff.solut.matr.* tametsi quoad donationem dissentiat *Sermicato lib.3. select.cap.2.ex dispos.l.fin.C.de iure emph.*, vbi meliorationes suas alias vendere, vel ius emphytheuticarium transferre, quod verbum *transferre* generale est, significans, nullam alienationem sine domini consensu fieri posse, contrarium tenet *Corb. de iure emphyth. tit. de causa priuat. ob alien. in requisito domino lim.2. n* 2., & quando in permutatione nullum infertur d recto domino præiudicium, rectè fieri potest *Ant. Fab. loco supra cit.* imò dominus potest cogi ad consentiendum permutationi, si alius sit æque idoneus ad soluendum canonem, & velit se obligare *Mantica loco cit.*

Quod restringendum est. Primo, vt non habeat locum permutatio isthæc, si in perniciem, & despectum domini directi facta fuerit, vt à iure prælationis excludatur, veluti si emphytheuta vendiderit, & appellauerit permutationem *Alex.consf.119. num.4.lib.3.Clar.in §.emphyth. q.17. in fine.*

48 Secundo restringitur, quando emphytheuta permutauerit tanquàm res proprias, non verò tanquàm res emphytheuticas: nàm si tanquam proprias alienauerit, incidit in commissum, & priuatur iure suo *Riminald. in cons. 429. num. 2. & 3. vol.3.* pro vt de donatione testatur *Alex.cons.187. num.12. lib.2.Iss.in d. l.fin. sub num.72. Corbula. d. tract. ampl. 42. vers. supradicta communis opinio*, vbi reperies an in dubio præsumatur rē vt allodialem alienasse.

49 Tertio restringitur, vt non habeat locum, nisi in eo, qui emphytheusim acquirit, irrequisito domino, non faciat pro se domino confirmari antequàm possessionem ingrediatur: nàm si alitèr, à iure suo cadit *Iason in d. l.fin. num.101. Gabr cons.84. Bero cons.174. num.14. vol.1. Tiraq.de retract.consang. §.30.gl.1.num.12.* sequitur *Corbula d. lim. 12. sub num. 7. & seq.*

50 Quinto restringitur, id non habere locum, quando res, quæ permutatur, æstimata datur: nàm cùm æstimatio faciat emptionem *l. quoties C. de iure dot.* non valet permutatio, quin emphytheuta non incidat in commissum *Dec.cons.160. col. 1. vol. 1.*, pro vt nec etiam si emphytheuta donat ius suum, & donatarius pro ea donatione promiśtat cētum, quia tùnc non donatio, sed venditio esset *Vrsill.ad Afflict. decis.72.*

51 Quinto restringitur, vt dominus rem, quā emphytheuta permutauit, possit repetere, si velit similem ei, quàm accepit præstare *Decian.* qui dicit hoc esse fauorabile *in d.cons.55. nu.61. sequitur Mantica loco cit. sub num. 6.*, quod extende etiàm in legato *Corbula limit.14. num.2.*

52 Tertio principalitèr solet quæri, an res permutata cùm re dotali efficiatur dotalis *Afflict. decis.336. testatur quod sic Decian. dicto responso 55. sub num.76. Rota Romana decis.66. in princ. in nouis Rol. à Valle cons.86. in princ. vol.4.*, quod etiā intellige, nisi fiat in dotis detrimentum *l. si ita constante ff. de iure dot. Grat. discept.forens. cap.435. ex num. 1. per totum:* tùnc etiàm ipsius mulieris accedēte consensu, permutatio est nullius momenti *Spec.tit. de empt. & uendit. uers.3. loco num.9. cum seq.* & hic est vnus ex casibus, in quo licitum est venire contrà factum proprium *Cafora Peregr. quæst. lib.1. quæst.21. sub num. 27.* pro vt etiam emptum prædium ex pecunia militari adeo militare efficitur, vt à milite speciali fauore vendicari possit *l. si ut proponis C. de reiuendic.*

53 Ex quibus colligitur Primo, quod priuilegium immunitatis concessum alicui pro omnibus suis bonis, extenditur etiàm ad bona subrogata loco illorum, quæ fuissent permutata *Boss. tit. de Principe, & priuil. eius num. 154. Tiraq. de retract.lign. §.32. gl. vnica num.12. ad finem Morotius cons.20. sub num.1.*

54 Colligitur secundo, quod si quis sit prohibitus nouum locum acquirere, nō intelligitur prohibitus antea acquisitū eùm alio permutare, quia locus, qui ex permutatione acquiritur in locum prioris subrogatur, & cùm eo symbolizatur *Dec. cons.52. num.36. lib.1. Decian. d. resp.55. num.78. Mantica d. lib.25. tit.1. sub num.15. uers. unde dicitur.*

55 Colligitur tertio, quod si quis duo bene-

Digitized by Google

beneficia ex dispẽsatione obtinuerit, & alterum, vel vtrumque postea amiserit vigore illius dispensationis non aliud consequi, & multo minus duo alia acquirere, quia dispensatio intelligitur de duobus primis tantùm *cap. non potest uers. illud autem de preb. in 6.* verum si brohibetur is duo illa beneficia, vel alterum eorum cùm duobus alijs, vel cùm vno permutari, quia ratione symboli faciliùs conceditur vnum, quam aliud, & ex interpretatione iuris eadem præsumuntur *Dectan.d. reso.55. sub num. 79. seq. Mantica loco cit. sub num 16.*

56 Colligitur quarto, quod ratione symboli permutantes beneficia possunt ad sua redire beneficia absque noua collatione, & ex veriori Doctorum sententia tenet, & affirmat *decis. Rot. Rom. 1. aliàs 23. de rer. permut. in antiquis, Boer. decis. 97. in fine* vbi refert *Arrestum latum sub die 3. mensis Aprilis 1520.* & an teneantur ad fructuum redditionem isto medio tempore, vide eundem *Boer. decis. 98. per totum Tepat. var. sent. tit. de benefic. permut. cap. 2. quib. modis fieri posset.*

57 Sed incontrarium est veritas, quia per permutationem dicuntur beneficia verè vocare *Abb. in cap. cùm Vniuers. in fine de rer. permut.* adducit. *Feder. de Sena in cons. 156.* vbi format quæstionem de eo, qui resignauit in manibus superioris ex causa permutationis fienda cùm tertio, quod quidem tertius noluit postea resignare, vel morte peruentus est, & cõcludit, hunc restituendum de iure ad beneficium suum, non tamen redibit sine noua prouisione, quia beneficium verè vacauit in resignatione *cap. si propter de rescript. in 6.* & quod aliter affirmare sit mera chymera, dixit *Quintil. Mendos. sign. grat. tit permutationes fol. 13. Mantica de tacit. lib. 27. tit. 12. num. 2. Anan.* sententiam non esse receptam *in cap. inter caetera de preb.* putantis, permutantes habere ius in beneficijs, cùm primum superioris authoritas permutationi accesserit, quia noua collatio est necessaria: nàm primus titulus per renunciationem extinguitur, nec reuiuiscit *Rota decis. 1. 2. 4. de rer. permut. Aneh. in cap. vlt num. 23. eod. tit. Felin. in cap. cùm ex officij in fine de præscript. Crauet ta cons. 82. num. 9. Mantica loco cit. num. 8.*

58 Est benè verum, quod permutantibus succurritur, vt beneficia, quæ renunciarunt ex causa permutationis, non possint alijs conferri, quàm ipsis permutãtibus, etiam si sint alij expectantes ex gratia Sedis Apostolicæ *Rota decis. 22. in nouis,* ità vt collatio alijs facta sit irrita *cap. inter caetera de preb. & cap. 1. de rer. permut. Petrus de Vbaldis in tract. permut. par. 2. num. 2. & 43.* Nisi Papa mandauerit alicui prouidere de certo beneficio, quàmprimùm vacabit, quia cum primum vacat, cedit impetranti ratione specialis reseruationis à Romano Pontifice, & sic restringunt Doct. *cap. quæsitum, & cap. 1. de rer. permut. secund. Alex. Card. & Imol. in locis prædictis.*

59 Colligitur quinto, quod si vnus ex permutantibus non habeat ius in beneficio, quod cùm alio voluerit permutare, poterit propria authoritate ad sua beneficia redire, maximè accedente probabili ignorantia permutantis beneficium cùm titulo, illum, cùm quo permutauit, non habere titulum in beneficio *cap. si beneficia de preb. in 6. Card. in cap. quæsitum num. 12. de rer. permut.* & ibi *Archid.* Fingitur enim tùnc beneficium non esse renunciatum, & in hoc potest habere locũ doctrina *Boerij* desuper relata, alias eessante probabili ignorantia, habet permutans quid sibi imputet, si beneficium suũ renunciauit, & proinde ad illud proprio Marte redire non potest, imò illud cuilibet potest conferri *d. cap. si beneficium,* & hunc esse verùm intellectum *d. cap. quæsitum,* secundum *Imol. num. 21.* rationem adducit *Mantica loco cit. sub num. 13.* quia causa resignationis, per quam vacauit sine culpa resignantis, reducitur ad non causam, qua deficiente, renunciatio est nulla, vel caduca, *Bald. in l. 1. n. 54. C. qui admitti,* & an, & quando permutatio beneficiorum facta inter permutantes authoritate propria sapiat naturam simoniæ. Vide *Azor. instit. Moral. par. 3. lib. 2. cap. 12. tot.*

60 Vnde pendente articulo, an permutatio fuerit valida, manutenendus est permutans in possessione beneficij, & permutantes redire possunt ad primæua iura *Dur. decis. 118. num. 5. & seq.* sequitur *Post. de manut. obser. 57. sub num. 22.*

ratio

ratio est, quia ante acquisitionem possessionis resignatarij, dicitur ipse resignans possidere, *Boccacc. de interd. vti possid. cap. 2. num. 65. Rota decis. 635. num. 8. par. 3.* vbi quod interim dicitur possessio, & ius remanere impendenti penès resignationem, & proindè ante adeptam possessionem per resignatarium, contingat dubitari de ipsius resignationis validitate, datur resignanti manutentio tàm aduersus tertium, quàm aduersus resignatariũ, *Durant. decis. 330. num. 14. Paris. de resign. lib. 1. quæst. num. 64. & 74. Put. decis. 523. in princ. lib. 2. & decis. 158. num. 2. & 3. lib. 3. par. 1. Coce. decis. 358. num. 5.* & resignatus interim potest administrare, conferre, & alienare *D. Coce. decis. 358 n. 5.*

61 Collige sexto, quod sicut res permutata sortitur naturam rei, cùm qua permutatur, tamen permutans hæres grauatus rem subiectam fideicommisso, censetur potiùs eam eligere in Trebellianicã, & legitimam, & in hanc causam ei imputatur, *l. Marcellus, §. res quæ ff. ad Trebell. Soccin. cons. 36. num. 2. lib. 3. Grat. discept. forens. cap. 245. num. 17.* secundum ordinem relatum *à Mangilio de imput. legit. quæst. 136. num. 50. vers. & in his ordo.*

A R G V M E N T V M.

Permutatio facta loco venditionis quando symulata dicatur ratione sui symboli, & an læsio immodica in permutatione sit symbola quemadmodum in venditione.

S V M M A R I V M.

1 *Fraus non est committenda de contractu ad contractum.*
2 *Appontatio in contractu an mutet eius speciem aliàs executam.*
3 *Aduocatus cautus esse debet in probando validitatem contractus, quàm quod apparet in instrumento.*
4 *Contractus substantia non consistit in instrumento, sed in probatione.*
5 *Fraus legi quando commissa dicatur.*
6 *Permutatio facta de re incontinenti vẽdenda an sit fraudulenta.*
7 *Permutatio illa dicitur vera esse, quæ fit de rebus similibus, & num. 8.*
9 *Bona diuersimodo significantia in quo symbola sint.*
10 *Fraus quando dignosci possit in contractu.*
11 *Statutum disponens ne res vendatur vultra sex denarios, & vendens rei vendenda aliquid adijciat, & vltra vendat, incidit in statutum.*
12 *Dominus directus quando præferatur emptori rei emphytheutica.*
13 *Permutans pingue beneficium cùm tenui, an committat fraudem.*
14 *Prælaturam cùm Vicaria quem velle permutare, non est verisimile.*
15 *Dolus quomodo probandus.*
16 *Præsumptiones duæ requiruntur ad probandam simulationem.*
17 *Egrotatio permutantis beneficium optima est probationis coniectura.*
18 *Egrotatio ad probandam simulationem beneficiorum grauis esse debet.*
19 *Permanens in beneficio permutato dicitur commisisse fraudem.*
20 *Simulatio, & fraus cessant, quando probantur contraria coniectura, & quæ.*
21 *Egritudo vt faciat plenam probationẽ, debet allegari, articulari, & probari cùm coartatione loci, & temporis.*
22 *Morbum allegandum, articulandum, & probandum, quod fuerit graue tempore permutationis beneficiorum omnino intercedi debet, vt probetur simulatio.*
23 *Statutum loquens in vno, habet locum in alio, quando concurrit eadem symbola ratio.*
24 *Deceptis in permutatione iura subueniunt.*
25 *AEqualitas in beneficiorum permutatione seruanda.*
26 *Spiritualia non recipiunt æstimationem.*

27 *Autheritas superioris quando faciat cessare fraudem.*

28 *Permutatio an recipiat pretium.*

29 *Permutans duplicem prebet consensum, & in contrahendo, & in adimplendo.*

30 *Permutatio cui magis est symbola emptori an venditori, & Doctorum confusio.*

31 *Permutatio magis est symbola diuisioni.*

32 *Contrahentibus an liceat se decipere in permutatione, quemadmodum in venditione.*

33 *Lesio nulla cadere potest in diuisione.*

34 *Impenitentia an sit symbola in permutatione, quemadmodum in venditione.*

35 *Læsio nulla dari potest in permutatione beneficiorum.*

36 *Beneficiorum inæqualitas non sufficit ad vitiandam permutationem.*

37 *Præsumptio non sufficit ad infringendam permutationem.*

38 *In beneficijs præcipua ratio est in salute animarum.*

39 *Fraus quomodo cessare debet in beneficiorum permutatione.*

40 *AEqualitas quomodo seruanda in permutatione beneficiorum.*

41 *Beneficiorum æstimatio quando fieri potest.*

42 *Ecclesia decepta quomodo succurratur.*

43 *Beneficiato decepto quomodo succurratur.*

44 *Dolus ex proposito est maior dolo ex re ipsa.*

45 *Constitutio l.2. C.de rescind. vend. non extenditur ad alios contractus.*

46 *Remedium l.2.C.de rescind. vendit.non conceditur emphytheutæ læso.*

47 *Remedium l.2.C.de rescind. vendit.non competit creditori vultra dimidium læso in liberatione.*

48 *Remedium l.2.C.de rescind.vendit. non accomodatur in datione insolutum.*

49 *Remedium l.2.C. de rescind.uendit. non habet locum in donatione reciproca.*

CAP. XIV.

1 FRaudem de contractu ad contractũ committere non oportere statuit text.in l.si sponsus, §. circa venditionem, ff.de donat. inter virum,& vxor. Bald.in l.non dubium nu.10.vers.tertio modo, C.de legibus. Vnde si ab initio partes fuerint concordes de venditione facienda, emptorque illic traxit venditorem ad partem,& postea contraxerunt permutationem, si in principio appuntati contractus
2 venditionis aderat pactum de retrouendendo, nollet venditor illud exercere post factum instrumentum permutationis contrà alterum contrahentem,dubitatur,vtrum possit opponi, contrahentes recessisse ab illo primo contractu venditionis primo loco appuntato, stante celebratione facta subsecutiuè de contractu permutationis, vt apparet in instrumento in scriptis redacto *Bart.* distinguit secundum *textũ in l.item quia §.idẽ Iulianus,ff.de pact. ex illo textu*, quod aut contractus permutationis fuit incontinenti celebratus, aut ex interuallo, si incontinenti non valet vltima conuentio, *Doct. commun. in l.pacta nouissima, C. de pact. Imola in l.quoties, §.si cùm primum, ff.de hæred.instit.Boer.decis.*183.*sub n.*16.
3 vbi aduertit,aduocatum esse cautum in articulando,quemadmodum aliquando contractus potest esse de se validus, & tamen instrumentum,quod caret solemnitatibus, erit inualidum, & proderit si validitas alio modo, quàm per illud in-
4 strumentum probari possit, quoniam substantia contractus non consistit in instrumento, sed probatio dumtaxàt,*l.cùm res, C. de contract.* & è contrario poterat valere instrumentum tanquàm omnibus solemnitatibus vallatum, *glos.in l.gener. C.de tabul.lib.*10. & tamen contractus in eo contentus potest esse nullus, vt puta contra legem, statutum, bonos mores, vel in fraudem celebratus, *l.pacta quæ contrà,C.de pact.*

5 In hoc nos dicimus,quod principaliter attendi debet intentio, qua cõtrahitur, & talis ad effectus diuersos, vt ex præsumptione,vel ex probatione sciatur, an nè legi fiat fraus, quæ satis commissa videretur,quando,saluis verbis, sententia legis circumuenitur, *l.contrà legem, C.de legib.& l.non dubium, C.eod.* Vnde si fieret permutatio rei stabilis cùm frumẽto, vel aliqua re mobili, vt permutans statim venderet rem illam, licèt non datam existimatam, præsumitur permutatio fraudulenta, propter venditionem incontinenti secutam, quia animus contrahen-

trahentis erat habendi ex illo contractu
pecuniam, & non rem, *Vinc. Maxilla de
iure prosth.§.in permut.nu.16. vers.reuer-
titur ad materiam in consuet. Berens. Ma-
ranta in tract. de vl.alien. prob.num.143.
& disput.9.concl.3.principali.*

Hæc suprapolita præsumptio non sic
de facili admitti debet in materia præ-
iudiciali, ex quo non est regula currens
generalis,qua possit fundari regularitèr,
contractum esse permutationis, quando
scilicet res, quæ permutantur æquales
essent,secùs quando dissimiles, secũdum
*Ioann.Bessian.in consuetud.Aluern.n.31.de
iure post.* qui dicit, permutationem verã
6 illam esse, quæ fit de rebus similibus, nõ
verò,quæ fit de dissimilibus, puta de re
stabili, cùm re stabili, non verò de re
stabili cùm re mobili, quia in traditione
rerum mobilium pro immobilibus cen-
setur interuenisse æstimatio, & res mo-
biles loco prætij esse datas,nec ob aliam
causam posse videri esse traditas, quàm
vt faciant æstimationem secundum va-
lorem rei stabilis, & propterea præsumi
tacitam conuentionem de prætio.

8 Cumque, vt aliàs probauimus, nihil
referat an dentur similes, vel dissimiles
res in permutatione ex illo generali ver-
bo in textu posito, vt *in d.§. & siquidem,*
ibi,*vt rem tradas,*quæ indefinitè symbo-
lizatur cùm cæteris rebus in permuta-
tione accedentibus ex verisimiliori cõ-
tractu, vt probauit *Monach. in decis. Lu-
cens.13.sub num.*30.vbi dixit, quod quã-
do verbum *bona* per contrahentes in in-
strumento appositum possit diuersimodè
9 significare, debet ratione symboli capi
pro illis bonis, pro quibus in instrumen-
to, siuè contractu fuit facta præcedens
principalis mentio,& tractatus,atqui in
casu nostro, etiam circa dissimilia nulla
mentio fuit facta,nec de prætio, nec de
emptione, dubio procul in omni; casu
erit permutatio,in nullo accedente simi-
litudinis suspictione,etiam si bona mobi-
lia permutata incontinenti per accipien-
tem vendantur,quia illa mobilia symbo-
lizantur cùm rebus stabilibus permuta-
tis,& traduntur res pro exequutione cõ-
tractus,quæ si postea ab vna,vel vtraque
parte vendantur, venditio illa nihil cõ-
mune habet cùm celebratione contra-
ctus,quando traduntur pro executione
eiusdem.

10 Propterea ad casum suprapositum
deueniendo, quando per priùs fuit tra-
ctata venditio cùm pacto de retrouen-
dendo, & postmodum fuit celebratus
contractus permutationis ad augendam
fraudis præsumptionem,non sufficit solũ
argumentum de incontinenti celebrato
contractu: nisi accedat etiam, quod per-
mutatio sortita non fuit eius effectum ex
parte emptoris,qui semper incubuit pos-
sessioni eiusque rei sibi datæ, & per eun-
dem traditæ,*l.sicut,§.superuacuum,ff.quib.
mod.pign.vel hypoth. soluat.* vel post per-
mutationem vnus ex contrahentibus
recuperauerat rem ab ipso traditam, vt
*per Bart.in l. post contractum, ff. de donat.
Boer.decis.64.in fine, & decis.183.simili-
tèr in fine*, quia tùnc non valet contra-
ctus quatenùs cadit in contractum,veri-
tate inspecta, *l.si sponsus, §.circa, ff.de do-
nat.inter iur. & vxor.Bald. in l.non dubiũ
in vers.si primo, in l.contrà legem, ff.de le-
11 gib.* quod si dictaret statutum ne vrceũ
vini vendatur vltra sex denarios, &
tabernarius addat vnam castaneam, vt
vendat decem denarios committeret in
statutum, quia castanea illa nullum
symbolum habet cùm vino vendendo,
eiusque superadditione, & præsumitur
fraus, *Petrus Anch.in cap.canonum statuta
de constit. in repertorio*, quibus acceden-
tibus præsumptionibus,si permutatur res
12 emphyteutica præfertut proculdubio
Dominus directus, vt probat *Clar.recept.
sent. §.emphyth.q.17. in fine, Ripa in resp.
25.num.11.& in l.2.in princ.num.28. in
fine,ff.si cert.petat.* sequitur *Card. Mantica
d.lib.25.sub num.6.*

13 In materia verò beneficiorum, quæ
solent quotidie permutari, facit obiam
coniectura illa, quando quis permutat
pingue beneficium cùm tenui,tùnc enim
ratione inæqualitatis, fraudem facillimè
arguit permutatio illa, *arg. l. Spadonem,
§.vlt.ff.de excus.tutor. & arg. l.sicut. §.su-
peruacuum,ff.quib.mod.pign.vel hypoth.sol-
uit.Bart.in d.l.post contractum num.* 3. pũ-
ctualitèr *Paris.in cons.* 130. *num. 6.lib.* 4.
Rebuff. in praxi benefic.de permut.num.46.
non enim est verisimile,quem velle per-
14 mutare Prælaturam cùm Vicaria *cap.
quia*

Digitized by Google

quia verisimile,vbi scribentes de præsumpt. cap. super hoc de renunc. vbi *Alexander Tertius P. M.* dicit,nullam rationem suadere posse, vt quispiam beneficium multis ferè expēsis,& laboribus acquisitum, quo substentari valeat,facilè sine magna causa spontè resignet,censetur tùnc fraus commissa in odium expectantium *Abb.& Felin.in d. cap. quia verisimile,Anch. cons. 388.Rota Romana decis.21. alias 361:in fine de præsumpt. in antiq. Mascard.de probat.concl.1175.in princ.*

15 Hæc sola præsumptio non sufficit ad euacuandam præmutationem beneficiorum, quia dolus ex prospicuis iudicijs probari debet, *l.dolum, C. de dolo, Ioann. And.in cap.1.de rer.permut.Dec. cons.210. num.5. & 6.* proindè alijs accedentibus, fraudis consilium manifestè inspicitur *cap.3.de renunc.in 6.& cap.1.*ibi,*fine fraude rer.permut.*sequitur *Mantica in loco cit. Grat. decis.Marchia 237.sub num.9.& 11.*

16 vbi in verisimilitudini adiunxit quietantiam factam ab vno ex fratribus in odium aliorum fratruum, & ad probandum simulationis non sufficit vna, sed saltim duæ sunt necessariæ præsumptiones, *Mascard. concl.445.Gama decis. 100. Mcnoch.cons.345. num. 19. Ias. in l. is qui num. 11. ff.de vulg.* & sicut valet emptio in modico prætio *l.si quis donationis C.de contr. h.empt.*sic valet permutatio magnæ rei cùm exigna, quia emptio à permutatione iudicium traxit *Mascard. d. concl. 1425.num.8.Thol.d.lib.3. cap. 1. lit. D. in fine*, & requiritur vt is, de cuius præiudidicio agitur ad simulandum,sit præsēs *D.Reg.de Ponte cons.2. num.82.vol.1.*scilicet omnes sint fraudis participes.

17 Et cumulari posset etiam altera coniectura, quando scilicèt concurreret ægrotatio permutantis, qui morbo erat correptus non leui, sed graui, vt probatur *in d.cap.2.de renunc. in 6.* dummodò de præmissa fraude appareat saltim per aliquas probabiles coniecturas, vt quia renunciationis tempore is, qui præbēdam, vel dignitatem pinguiorem habebat, infirmitati graui detenebatur, ergo grauis

18 infirmitas adiungi debet pingui beneficio,*Mantica loco cit.sub num.2.*quod extendit etiam ad eum,qui habuit animum ingrediendi religionem, & ibi professus fuerit,tùnc enim beneficium pingue de proximo erat vacaturum, *cap. beneficium de reg. iur. in 6.* vel pressus sit beneficiatus senectute *d. cap.2. in fine de renunc. in 6.* Rursus si qui pingue beneficium per-

19 mutauit in possessione permanserat, *Paris.d.cons.130. num.6. lib.4. Rebuff.loco cit.sub num.46.* item permutatio si facta cùm consanguineo, quia coniunctio sanguinis hoc arguit *Mascard.d.concl. 1425. num.7.*

20 Et sicuti præsumi potest simulatio,siuè fraus in permutatione beneficij pinguis cùm tenui,accedētibus prælibatis coniecturis, sic etiam accedentibus contrarijs coniecturis,simulatio,& fraus cessare debet,nempè quando ex aliqua causa constare potest,permutationem beneficij pinguis cùm tenui fuisse factā, veluti in loco pinguis beneficij fuisset contracta aliqua grauis inimicitia,*Panormitanus in d.cap.quia verisimile col.2. in fine*, vel per ingentem agressuram latronum personas sequestrantium tutè commorari non posset,*arg. cap.ad supplicationem de renunc. & cap.pastoralis 7.quæst.1. voluit Anch. cons. 388.sub num.1.vers.præterea*, vel beneficium optimum habeat cùm causa onerosa, tenue verò sine onere, vel persona erat vtilior in illo loco,vbi aderat beneficium tenue *cap.scias 7. q.1.* vel quando beneficium tenue erat in patria cedentis, pingue verò extrà eius patriam, & patria impellit eum ad permutandum, *Mascard. loco cit.Tholos. d. lib.3. cap.4. in fine Syntagm.iur.canon.*

21 Et vt causa ægritudinis sit valida ad inducendam hanc præsumptionem, debet allegari,articulari,& probari iudicio medicorū,*l.vlt. ff.ad l.Iul.de Sicar.l.semel C.de re milit.lib. 10.* nec sufficeret fuisse notorium,nisi allegetur *Mascard.d. concl. 1175.sub num.28.*& debet coartari cùm tempore permutationis, ex quo de vna ad aliam horam conditio hominis est mutabilis, variabilis,& diuersum causat effectum,quod quidem tempus, & hora specifica debet capitulari, & probari *Anch.d.cons.388.*& fuisse graue,quodque id fuerit tempore resignationis, & per-

22 mutationis, alioquin altero ex ijs deficiente requisitis,non obtinebit expectās *Barbatia in cap. in præsentia num. 28. cùm seq.*

seq. de probat. alias fraudis coniecturas inuenies apud *Paris. d. cons.* 130. *Rebuff. d. tit. de permut. num.* 42. & apud *Mascard. concl.* 831. *num.* 534. *&* 815.

Et vt fieri possēt tales permutationes, requiritur authoritas eius, in cuius manibus renunciari possunt beneficia, vt postea tantùm auferantur permutantibus, & non alijs, vt explicat *Petrus Greg. d. lib.* 3. *cap.* 5. *lit. C.* accedentibus etiam consēsu, & beneplacito eiusdem, ad quem spectat beneficij collatio, repræsentatio, & electio *gl. in clem. vnica de rer. permut.* & an si fuerit beneficium euictum, possit permutans, cui euictum fuit beneficium, redire propria authoritate ad suum beneficium permutatum, & quid si fuerit reseruatum, vide *Petr. Greg. d. cap.* 6. *sub lit. M. lib.* 3. sic etiam dicas in permutatione feudi cùm re allodiali, secundum *Ant. Fabr. quæst. Laudim. decad.* 4. *err.* 2. *& err. seq.*

Ex eodem symbolico fonte sumunt assumptum Doctores ad inuestigandam veritatem circa enormissimam læsionem, ob quam dicunt abundantèr occursum emptori ab Imperatoribus, eandem scilicèt extendendam ad permutantem, ex eo, quia statutum loquens in vno habet
23 locum in altero, quando concurrit eadem ratio, & symbolum, *l. statu liber. ff. de stat. liber. l. Titius, §. Lucius, ff. de lib. & posth. l. apud Iulianum, §. authoris, ff. de doli except. l. sicut, §. vendit. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluit*, quod procedit etiam in odiosis, propter paritatem rationis, *Rebuff. in l.* 1. *ff. de verb. sign. & in l. alienationis vol.* 2. *in princ. vers. ideò si quis non valens ff. eod. tit.* atqui par ratio est in emptione, quàm in permutatione: cùm vtraque sit bonæ fidei, & inuicem conuertuntur *l.* 2. *C. de rer. permut.* ergo, quod disponitur de vno, censetur dispositum de altero *Paulus de Castro in d. l.* 2. *sub num.* 14. *col. pen. Salyc. n.* 8. *Pinellus parte* 1. *cap.* 3. *num.* 13. *vbi Padilla n.* 17. & communem esse opinionem testatur *Ripoll. var. resol. tit. de empt. & vendit. cap.* 11. *sub num.* 436. *vers. vlterius quæro Mantica d. lib.* 25. *tit.* 11. *sub num.* 1. ex dispositione
24 *l. si quis non alitèr de verb. obligat.* & deceptis in permutationibus iura subueniunt *cap. cum vniuers. de rer. permut.*

Ex qua communi, quam dicunt, opinionem, extenderunt, vt etiam in benefi-
25 ciorum permutatione, æqualitas exigatur, & inæqualitas ad æqualitatem reddatur *cap.* 1. *& cap. ad præst. eod. tit.* & ita sentit *Ioan. Andr. in cap. dilecti col.* 2. *vers. item quæritur de empt. & vendit. Abb. in cap. cum causa n.* 8. *eod. tit. Caldas in cons.* 4.
26 *tit. de rer. permut.* qui neque obstare dicunt, quod beneficia sint spiritualia, & nulla eorum sit æstimatio, quia spiritualia à temporalibus possunt separari *cap. ad quæstiones de rer. permut.* & temporalia sine dubio recipiunt æstimationem *Ant. Butrig. in d. cap. cùm causa num.* 9. *& seq. Arius Pinellus d. par.* 1. *cap.* 3. *num.* 16.

Nec etiam, dicunt obstare, quod authoritas superioris, quæ in permutatione beneficiorum debet adhiberi *d. cap. quæsitum de rer. permut.* excludat doli præ-
27 sumptionem *Bart. in l.* 1. *C. præd. curial. lib.* 10. quia quamuis venditio sit facta cum Iudicis authoritate, nihilominùs rescindi potest, si læsio vltra dimidium iusti prætij probetur *Roman. in l. si quis cùm alitèr num.* 9. *&* 36. *de verb. oblig. per dict. cap. cum dilect. Abb. in d. cap. cùm causa n.* 6. & hanc probabiliorem adnotauit *Alex. in l. prætia rerum num.* 9. *ff. ad l. falcid.* quia tametsi omnis fraudis præsumptio cesset ob Iudicis inquisitionem, & decretum: tamen si dolus re ipsa probatur, iuxtà *text. in l. si quis non alitèr, ff. de verbor. oblig.* præsumptio cedit veritati *cap. proposuisti de prob. l. scriptura in fine, ff. de iure dot.* & per claram probationem obscura præsumptio excluditur, *l. optimam, C. de cōtrah. & committ. stipulat.* Hinc est, quod tametsi minor vendiderit cùm decreto Iudicis, & authoritate Tutoris, nihilominùs petere potest restitutionem in integrum aduersus læsionem *l. magis put. §. eorum, ff. de reb. eor. & l. siquidem de præt. minor. Alex. in d. l. prætia rerum num.* 9. & sic in puncto voluere *Caldas d. cons.* 4. *Ant. Butr. d. cap. cum causa, & Arius Pinellus loco cit.*

28 Cæterùm quamuis suprapòsita opinio probabilis videatur: contraria tamen magis de iure consona defendi potest, quia licet permutatio sit contractus bonæ fidei: non tamen est ex eorum numero, in quibus naturalitèr licet contrahētibus

Digitized by Google

tibus se decipere in prætio, quia nullum prætium, in quo deceptio consistere potest, admittit permutatio *l. 1. ff. de rer permut.* neque intèr permutantes tractatus ille præcedit, quem in vēditionibus præcedere, ait *lex si voluntates, C. de rescind. vendit.* consequens est, vt si qua læsio, & inæqualitas interuenerit, & corrigi possit æquitate iudicij bonæ fidei, nullo extrinseco exigente auxilio, ex *reg. l. 3. C. cōmun. vtriusque iudicij*, & *l. 3. C. ex quibus caus. maior. l. more*, §. *vlt. l. si res* §. 1. *ff. de iure dot.*

At sicuti remedium *d. l. 2.* in contractu emptionis ex interuallo confirmato locum non obtinet, vt voluit *Paul. de Castro cons. 386. col. 2. in fine, Rol. à Valle cons. 59. num. 70. & seq. Alexand. Trentac. resol. 3. n 50.* quos citat, & sequitur *D. Consil. Hodierna contr. forens. cap. 3. sub n. 109.* sic
29 etiam dicendum est in permutatione: cùm permutans duplicem præbeat consensum, & cùm contrahit, & cùm contractum adimpleuit.

Vnde tenentes opinionem contrariā confunduntur hoc in puncto in non cognoscendo cui magis sit symbola per-
30 mutatio, an scilicèt emptori, an venditori, prout est dissentio inter *Pinellum, & Gnet.* & ex eorum confusione deueniunt postmodum sine ratione ad affirmandū, quod sufficiat si interueniat læsio: cùm in eo non possit certa assignari ratio, aut regula, vt affirmat *Ripoll. d. c. 21. sub n. 440.*
31 Quæ confusio euitaretur, si non displiceret in hoc magis symbolizari permutatio cùm diuisione, quàm cum emptione, & venditione, ex placito enim permutationis, nulla re sequuta, nisi stipulatio interposita sit, nulla nascitur actio *l. ex placito, C. de rer. permut.* quemadmodum neque ex placito diuisionis, *l. diuisionis placitum, ff. de pact.* quod si de venditione affirmare velis, ridiculum esset, licet quælibet ex eius actio bonæ fidei sit, tamen permutationis, & diuisionis traditione nascitur, *l. si inter eùm l. seq. C. de rer. permut.* nec vlla inter diuisionem, & permutationē dissimilitudinis ratio hac in parte reddi potest: cùm tamen inter venditionem, & permutationē sint per-
32 multæ, & illa magis, quod non sicut in venditione ità in permutatione licet naturalitèr contrahentibus se decipere, & non sicut plerumque venditor necessitate rei familiaris præsumitur, vt rem suā, quæ multo maioris prætij sit, vilissimo distrahere cogatur, itàut, qui rem suam permutat, cùm permutans non tàm agit, vt alienet, quàm, vt acquirat ea proindè minùs dignus est, qui miserationis, & humanitatis intuitu ei, succurratur ex causa solius immodicæ læsionis, prout affirmauimus, non esse succurrendum emptori qui spontè, & vltro ad emptionem accedit, & si potiùs diuisioni, quàm venditio-
33 ni sit symbola permutatio, nulla in diuisione potest cadere læsio, nec vt vnquàm eiusmodi remedium locum obtineat, non ex parte diuidentis, quia sibi imputatur in diuidendo, non ex parte eligentis, cùm etiam sibi imputatur eligendo inæqualem partem, vt habetur apud *Ant. Fabr. de error. pragm. decade 8. err. 2. qui err. 9. d. decade 8. in fine*, ridiculā appellat distinctionem illam, vt etiam post implementum succurratur permutanti nō tanquàm emptori, sed tanquàm venditori: cùm emptoris tantùm non etiam venditoris partibus fungatur. Vndè sola æquitate ipsius Iudicij, quod bonæ fidei est, succurritur priusquàm contractum impleat permutans implorans officium Iudicis, vt quod inæqualitèr factum fuit in meliùs reformetur, & non obstat, quod *in l. 1. §. sed si emerit, ff. si quis in fraud. Patr.* eadem ratio constituitur venditionis, permutationis, locàtionis, & similium circa læsionem: cùm nil refert quomodo fraus patrono facta fuerit an emendo, vel vendendo, an locando, an permutando, aut quouis alio contractus genere, siquidem, quicquid in patroni fraudem gestum est totum id per fauianam actionem reuocari æquum est, testatur *Fab. loco cit.* Nos illud agimus, quo quis non alij, sed sibi ipsi fraudem fecerit, & proindè secundum contractum, iura dignoscimus, & distinguimus.

Et licet sententiæ *Pauli de Castro in alleg. cons. 36. sequut. à D. Hodierna loco cit.* cui adde *Panorm. cons. 70. in 2. dub. lib. 1. Dec. cons. 216. Crau. cons. 151. num. 31. Cassan. consuet. Berg. rubr. 7. §. 12. nu. 37. vers. aduerte, Couar. cap. quamuis parte 3. §. vlt. octaua conclusio, Bellon. in cons. 24. col. 5.*

ad-

aduersantur *Socc.sen.in cons.85. n.5.lib.1. Dec.sibi contr.cons.60.circa fin. Roman.cõs. 53.Boer.quæst.150.Cassan.cons.21. n. 16. Fab.de Monte de empt & vendit.q.8.vers. 3.quæro,Cagn.& Pinell.in d.l.2.primus n. 71.& Secũdus d.n.36.* ratione semper loquente humanitatis,& æquitatis,quæ viget *in d.l.*,quæ non distinguit, an si priùs, vel ex interuallo tradat : cùm illa maior deliberatio,quæ oritur de illo contractu ex interuallo,nihil magis causare potest, quàm tacita renunciatio *d. l.* quæ generalis non sufficit : tamen in casu nostro dispar est ratio,ex quo duplex ille actus,
34 qui interuenit in permutatione est prorsùs vnus ab alio separatus : nam primus non peragit permutationem, sed disponit dumtaxàt in puris terminis contractum innominatum *do, vt des,* qui quidẽ primus actus reuocabilis est,vt infra suo loco dicemus, secundus verò actus, qui perficitur per traditionem rei permutatæ est omninò irreuocabilis, & sic cùm permutans habeat in se terminum in via, in quo pœnitere possit, ad instar peccatoris huius mundi,sibi postmodum imputatur, si potens noluit se pœnitere in termino habili, quod idem non est in venditione : contractus enim venditionis solo consensu perficitur, & proindè in illo primo actu nulla pœnitentia est proficua, & sic non mirùm si tali imbecillitati sit per Imperatorem succursum.

35 Vndè merito probabilior est opinio tenentium in permutatione beneficiorũ non dari læsionem, ex quo beneficiorum permutatio non potest fieri ab ijs, qui ad ea sunt ordinati, sed ab Episcopo, ergo in eis locum habere non potest *constit. d.l.* 2. quæ loquitur in contrahente, qui ab altero contrahente læditur, & decipitur.

36 Secundo, quia inæqualitas beneficiorum, siuè sit ratione redituum, siue ratione onerum incumbentium, non vitiat permutationem, & quamuis aliqua sit fraudis suspictio, quia nemo præsumitur facere suam conditionem deteriorem *cap.super hoc de renunc.*tamen præsumptio
37 non sufficit ad infringendam permutationem, secundum *Dec. cons.*210. *num.6. & 8.Cagn.in d. l. 2. num. 57. Couar.lib.1. var.resolut.cap.5.num.5. Rebuff. de remiss. contr.gl.15.num.10.Vrsill.ad Aff.ist.decis. 17.num.41.*

38 Tertio omissis alijs in huiusmodi rebus spiritualibus,ea ratio habenda esse videtur vtilitatis animarum scilicet,non autem commodi pecuniarij *Rota Romana decis.129.in antiquis,*ibi, beneficiorum permutationem non vitiari, eam ob causam, quod non sit maioris æstimationis altero, ergo tota hæc commoditas præsumitur saltem etiam tanquam simoniaca,ab hac specie procul remouenda esse debet.

39 Et proindè non obstat primo, quod beneficiorum permutatio abesse debet ab omni machinatione, & fraude, & quod deceptis iura subueniunt, quia id procedit, quando quis recusat resignare beneficium ex causa permutationis eo modo, quo promisit, vt loquitur *d. cap. cùm vniuersum de rer.permut.* secus est, quando permutatio ità est perfecta, in qua nulla cadere potest læsio ad iura supra relata, & voluit *D.c. cons.* 210. *num.6.& 8.*

40 Secundo nec obstat, quod æqualitas sit seruanda etiam in permutatione beneficiorum *d.cap. 1. & cap. ad conquæstionis de rer.permut.* quia semper id intelligendum est, quando agitur de permutatione cõtrahenda,diuersum, quãdo permutatio iam est perfecta, quia tùnc rescindi non potest, accedente quauis læsione, vt supra probauimus.

41 Tertio non obstat, quod licet nulla sit beneficiorum æstimatio quoad ius spirituale, tamen causa redituum ab eo potest separari *d.cap.ad quæstiones,*quia hæc separatio fieri debet ad effectũ, vt contractus spiritualium, & temporalium nõ habeat commisceri,ne vlteriùs dici possit permutatio spiritualium facta contẽplatione temporalium simoniaca; & si nos dicimus permutationem beneficiorum, quæ sunt spiritualia posse rescindi ob læsionem temporalium, certè sequitur,quod huiusmodi permutatio intelligatur facta contemplatione bonorum temporalium, & propter commodum pecuniarium,quod esset absurdum,& cõsequentèr hæc separatio temporalium, quæ in eo tantùm fit ad euitandam simoniam, in casu proposito fieri non debet

Digitized by Google

bet ad eandem inducendam, & ad declarandam nullam permutationem, quæ præsupponit esse validam, vt ex capite læsionis sit rescindenda: Vnde cùm permutatio spiritualium principalitèr fieri debeat proptèr necessitatem, & vtilitatem Ecclesiarum *cap. nisi essent de præb. & cap. quæsitum de rer. permut.* non est curandum de læsione bonorum temporalium, quæ venit in consequentiam *Mantica loco cit. sub num. 17.*

42 Est bene verum, quod quando Ecclesia est decepta, tùnc permutatio rescindi potest, sed non ex beneficio *d. l. 2.* verùm alijs remedijs competentibus deceptis, *Andr. Facch. contr. iur. lib. 2. cap. 22. vers. ad tertium folio mihi* 179.

43 Sic etiam dicas, quando in permutatione falsò exprimitur reditus beneficiorum, quia tùnc alter ex permutantibus dolo ex animi proposito est circumuentus, & permutatio facta cùm fraude

44 est illicita, vt diximus supra: dolus enim ex proposito grauior est, quàm si re ipsa interueniat *Alex. cons. 103. num. 20. lib. 1. Caph. cons. 34. num. 17.* nàm dolus re ipsa non est propriè dolus, quia non committeretur cùm proposito contrahentis, *l. si quis nō alitèr*, & ibi *Doct. ff. de verb. oblig.* dolus ex proposito ex animi calliditate procedit, & dicitur dolus malus, *l. 1. §. 1. ff. de dolo*, & ideò magis punitur *Bald. in l. fraus in princ. ff. de leg. Corn. in cons. 303. num. 10. lib. 3.* qui est symbolus cùm fraude *Petr. Cregor. Tholos. Syntagm. iur. ciuil. vniuers. lib. 21. cap. 13. sub num. 4.*

45 Ex quibus collige primo, quod non solum constitutio *d. l. 2.* non extenditur ad alios contractus bonæ fidei, & signantèr ad permutationem, vt supra satis probauimus, imò nec etiam ad contractus stricti iuris, in quibus datur remedium ex dolo, vel indeb. condict. vt voluerunt *Alex. in d. l. si quis non alitèr Doctores communitèr in d. l. 2. Burgos in cap. cùm causa num. 15. de empt. & vendit.* hanc eandem opinionem sequutus fuit *Facch. loco cit. vers. ego, confutato Rinello*, qui voluit in omnibus negotijs dari posse remedium, *d. l. 2. per text. in l. in omnibus negotijs, ff. de act. & oblig.* quia inibi agitur de nullitate contractus, qui tanquàm nullus non indiget rescissione, non verò de contractu valido licet rescindendus ex aliquo iuris auxilio, & bene.

46 Collige secundo, quod sicut remediū *d. l. 2.* non datur permutanti, nec etiam dari potest emphyteutæ læso, vel domino, si grauitèr, & immoderatè in emphyteusi danda, vel subeunda læsi fuerint, & decepti ex iuris dispositione *in l. si superstite, C. de dolo, l. maioribus, C. comm. vtriusq; Iud. l. si quis non alitèr, ff. de verb. oblig* dummodò non intercedat prætium *Vrsill. ad Afflict. decis. 72. Alex. cons. 120. vol. 3.*

47 Colligitur tertio remedium *d. l. 2.* non competere creditori vltra dimidium læso in liberatione sibi facta deteriori *Fab. de Monte de empt. & vendit. quæst. 8. n. 10. Crem. in d. l. 2. num. 131. Corn. cons. 166. num. 4. lib. 1.* quia lex illa loquitur in vēditore, & remedium conceditur ad contractum rescindendum, nisi iustum prætium ab emptore suppleatur, quę quidem constitutio ad liberationis actum, de quo agitur inter creditorem, & debitorem non sic de facili accomodatur *Facch. d. lib. 2. cap. 21. vers. ego vero.*

48 Colligitur quarto in datione insolutū, nec accomodari posse remediū *d. l. 2. C. de rescind. vendit. Bald. in l. ordo, C. de exec. rei iudic. Soccin regula 226. Ruin. in cons. 49. num. 11. lib. 4.* & hoc intelligēdum, nulla habita ratione de distinctione, an datio insolutum sit extraiudicialis, vel iudicialis, de qua apud *Facch. lib. 2. cap. 21. lit. D. vers. sed communis*, æquiparando dationem insolutum solutioni, & proindè eandem esse rationem in vtraque quoad remedium *d. l. 2.* quia datio insolutum licèt sit symbola venditioni, tamen habet sua remedia peculiaria: nàm si pro maiori summa, quā in re vera datio insolutum sortita sit in totum vitiatur, *l. si non fortè, §. si certum, ff. de condit. indeb. Castr. in l. si quis aliam num. 4. ff. de solut. Dec. cons. 403. num. 2. lib. 2. Ruin. cons. 136. num. 5. lib. 1. Grat. discept. forens. cap. 162. n. 33. & cap. 408. n. 1. Afflict. decis. 358. num. 7. & decis. 218. Laur. decis. Auen. 27. num. 6. Surd. decis. 45. num. 8. Leo decis. Valentana 25. nu. 1. lib. 1.* quos citat, & sequitur *D. Arias de Mesa lib. 1. var. resol. cap. 7. n. 9.* quod tu intellige secundum distinctionem *Iosephi Ludou. decis. 60. à num. 8. & seq.*

49 Col-

49 Colligitur quinto, dictum remedium non habere locum in donatione reciproca, quæ tametsi resoluatur in permutationem, vt probat *text. in l. sed, & si lege, § consuluit, ff. de pet. hæred. vbi comm. Doct. Grat. discept. for. cap. 787. num. 21. & 22. vol. 4. Surd. de alim. art. 1. q. 48. n. 2. & seq.* eadem ratione, de qua supra, non recipit in se tale remedium, quicquid asserat *D. Rouit. decis. 21. sub num. 12.*

A R G V M E N T V M.

Permutatio quemadmodum symbolizatur in emptionem, an symbolizatur eodem modo in contractum innominatum, examinaturque discrimen inter vtrumque casum, & quid in cambium,

S V M M A R I V M.

1 *Permutatio est contractus differens à contractu innominato, do, vt des.*

2 *Permutationis contractus est in numero contractuum innominatorum.*

3 *Permutatio alia personarum, alia rerum.*

4 *D. Petrus Apostolus permutatus de loco ad locum.*

5 *Permutatio, aut æqualium, aut inæqualium.*

6 *Permutatio accipitur vt genus, & vt species.*

7 *Permutationis contractus parum differt à contractu innominato do, vt des.*

8 *Contractus permutationis, & contractus do, vt des sunt synonimi.*

9 *Contractus do, vt des est nomen generis continens sub se permutationem secundum aliquos.*

10 *Contractum permutationis inter eo contractum do, vt des, qua differentia, & num. 24.*

11 *Actio, quæ oritur ex contractu permutationis est bonæ fidei.*

12 *Contractus bonæ fidei, & stricti iuris differentia hodie sublata secundum aliquos, & n. 13.*

14 *Fondanella decis. cath. 60. in princ. vol. 1. non admittit deceptionem inter contrahentes.*

15 *Contractus omnes bonæ fidei, nullus malæ fidei, sed bene stricti iuris.*

16 *Text. in l. bonam fidem 4. C. de oblig. & act. explicatur, & num. 20.*

17 *Contractus formula bonæ fidei præbet Iudici longas habenas disponendi, secùs contractus stricti iuris.*

18 *Præstationes in contractu bonæ fidei fiũt superabundantes, secùs in contractibus strictis iuris.*

19 *Actiones quæ dicantur bonæ fidei.*

21 *Mala fides abesse debet ab omni contractu.*

22 *Contractus bonæ fidei nominatur per excellentiam, quę deficit in contractu stricti iuris.*

23 *Christianis an sit licitum decipere vltra dimidium iusti pretij.*

25 *Differentia quę sit inter contractum permutationis, et contractum* do, vt des, *et de eorum titulis diuersis in iure.*

26 *Contractus permutationis in potentia est contractus innominatus* do, vt des, *in actu verò secùs.*

27 *Cambij contractus an reprobus, vel approbatus in mundo.*

28 *Cambium an sit contractus bonę fidei.*

29 *Cambium, cùm quo sit symbolum, diuersę Doctorum sententię.*

Quod sit mutuum probatur num. 30. 31. 32. *et* 33. *et* 34.

Saltim quod sit mutuum palliatum num. 35. *et quod sit mutuum velatum n.* 36.

37 *Contractus mutui quotuplex.*

38 *Naturalium quomodo currat quolibet mense.*

39 *Mercatoris malitia, in quo consistet.*

40 *Frumentum carius secundum tempus.*

41 *Lex accomodatur quibus frequenter accidunt.*

42 *Mutuum quis dat quàm recipit, secùs recipiens ad cambium.*

43 *Mutui, et cambij differentię, et num.* 44. 45. 46. *et* 47.

48 *Procurator constitutus ad accipiendum mu-*

mutuum potest accipere cambium.
49 *Cambium esse venditionem secundum aliquorum probationes, refertur.*
50 *Cambium esse permutationem secundum aliquos, refertur.*
51 *Cambium est contractus bona fidei differens symbolus permutationi.*
52 *Cambium aliud reale, aliud siccum.*
53 *Cambium reale duplicis speciei.*
54 *Cambium à quo exerceatur in Regno Neapolitano.*
55 *Cambium reale, aliud nundinale, aliud legale, & quomodo fit.*
56 *Cambium siccum qua'e sit.*
57 *Cambÿ litera qua dicantur.*
58 *Scribens literas cambÿ ad quid teneatur, & an liberetur per earum acceptationem, & num. 59. & 60.*
61 *Acceptans, & scribens remanent obligatus in cambio, & nu. 62. 63. & 64.*
65 *Acceptans quando non obligat acceptantem.*
66 *Moneta immutatio cuius pericula cedat.*
67 *Via executiua qua datur contrà scribentem literas cambÿ, an datur contrà acceptantem remissiuè.*

CAP. XV.

PRobauimus superioribus in capitulis symbolum bene adæquari, & proportionari intèr permutationē, & emptionem, & quia permutatio tanquàm
1 terminus differens in contractu innominato, do vt des, symbolizantur ad inuicem, subsequitur videre de symbolo vtriusque.
2 Certum enim est, quod intèr contractus innominatos connumeratur contractus permutationis *gl. in l. iurisgentium in princ. in verbo, vt aliquid ff. de*
3 *pact. & in rubr. ff de rer. permut. Mascard. de probat. concl.* 140. *in fine*, quæ quandoque fit personarum, quandoque rerum. Personarum duplici modo, translatiuè de loco ad locum necessitatis, vel vtilitatis causa, patet in *cap. mutationes, cap. sciens, cap. episcop.* 7. *q.* 1. exemplum
4 patet de translatione siuè permutatione Diui Petri Apostoli ab ecclesia Antiochena ad ecclesiam Romanam *cap. inaptibus. §. ecce* 7. *quæst.* 1. *cap. si quis iam translatus* 21. *q.* 2., & de episcopo translato siuè permutato de vna ecclesia ad aliam, vt loquitur *text. in d. cap. mutationes, & in tit. de transl. episc. & cap. auaritiæ de præbend.*, & dicitur propriè permutio, cùm de loco ad locum fit translatio, commutatio vero cùm aliud pro alio fit substitutio, & si hodiè sint synonima secundum *Petr. Greg. Thol. syntagm. iur. canonic. lib.* 3. *cap.* 2. *lit. B. &c.* & secundo loco de permutatione dominij, vt patet in *cap.* 2. *de rer. permut. & in l.* 2. *ff. eod.*
5 Rerum permutatio dupliciter etiam considerari potest, aut æqualium, aut inæqualium, æqualium vno modo dicuntur eæ res, quę sunt generis, alio modo, quæ sunt speciei respectiue, in genere sunt æqualia intèr se spiritualia, & temporalia *cap. quæsitum ex ra de rer. permut.* de quibus actenus apud *Mant. de tacit. lib.* 25. *tit.* 7.
6 Nomen hoc permutationis accipitur quoque duobus alijs modis Primo ut genus, Secundo vt species, pro vt genus perdicatur de omnibus alijs contractibus differentibus specie, nempe de emptione, de venditione, de locato, conducto, & similibus, vt patet apud *Manticam d. lib.* 25. *tit.* 1. *num.* 4. & 5. & *Tholos. pact. iuris canon. lib.* 3. *cap.* 1. *sub lit. D.* secundo modo permutatio vti species quantitatis distinguitur ab alijs cōtractibus emptionis, & venditionis, locationis, & conductionis, & à contractu *do vt des, l.* 1. & 2. *C. de rer. permut.*
7 Vnde parum affert hoc nomen permutationis à contractu, *do vt des*, pro vt probarunt *Arius Pinellus de rescind. vendit. puncto* 4. *rubr.* 9. & 10. *Ioan. Bessian. in consuet. Alucrn. Iason in § act. num.* 29. *instit. de act. Petrus Gregor. Thol. syntegm. iur. ciuil. Vniu. lib.* 28. *cap.* 1. *sub num.* 3. dicentes nullam dari differentiam inter permutationem, & contractum, *do vt des*, esseq; ipsos synonomos, probant eorum assumptum per *l. naturalis §. & si quidem ff. de prascript. verb.*, vbi indistinctè, quando res pro re datur, permutatio dicitur, & proinde contractus permutationis non differt à contractu, *do, vt des*, qui fit cùm rem dare, & rem accipere.
9 Affirmauerunt alij, contractum, *do vt des*,

des, esse nomen generis continens sub
se permutationem *gl. in l. 1. in uerbo post
aly in fine C. eod. Mantica in d. libro 25.
tit. 1. sub num. 6.* dicens, permutationem
pro vt accipitur pro specie contrahi,
quando species, pro specie commuta-
tur, & in hoc differre à contractu *do, ut
des*, qui celebrari potest quoquoque
modo, siuè detur genus pro genere, siuè
genus pro specie, siuè etiam species pro
genere, vel species pro specie.
10 Cæterum videtur ex suprapositis, &
infrà dicendis expositionem aduersari
ad inuicem, & vltimam in se continere
contradictionem: nàm si secundum pri-
mam opinionem, nulla daretur differen-
tia intèr permutationem, & contractũ,
do, ut des ceù synonima, non esset am-
plius quærendum de eorum discrimine,
quod maximum intercedit intèr vtrum-
11 que, quia actio, quæ oritur ex contra-
ctu, *do, ut des*, est stricti iuris, ex quo
in §. actionum instit. de act. non videtur
esse posita in cathalogo actionum bonæ
12 fidei, actio vero exoriens ex contractu
permutationis bonæ fidei est, vt in *d. §.
actionum* inspicitur, & in *l. 2. C. de rer.
permut.* quàm differentiam posuit *Ias. in
l. 1. num. 10 ff. de rer. permut. & in l. 2. in
princ. num. 8. ff. si cert. petat.* cùm concor-
dant: per *Mant. loco cit. sub num. 8.*
13 Nec in aliquo aduersetur sublata ho-
die differentia bonæ fidei, & stricti vi-
ris contractuum ex iuris æquitate, iuxtà
text. in l. bonam fidem C. de oblig. & act.
pro vt *Ioanni Imberio in suo enchiri-
dion* placuit dicere non conuenire viro
christiano credere hodie, vllos esse cõ-
tractus, quàm qui bonæ fidei sunt, ex
quo vt christiani simus, & nominemur,
oportet omnem fraudem, dolumque à
contractibus rebandire.

Adeo quod *Fontanella decis. cath. 60.
in princ. uol. 1.* miro modo, & perturba-
14 ta fantasia in tale verbũ eructauit, sci-
licet, *quoties incido in illa breuia, & suc-
cinta uerba Vlpiani in l. in causæ §. idem
Pomponius ff. de minoribus*, ibi *idem Pom-
ponius ait in pretio emptionis, & uenditio-
nis naturaliter licere contrahentibus, se
circumuenire, & in illa Pauli, qui non
contentus permissione iam dicta in emptio-
ne, & uenditione, illam quasi multum ex-
pedias reipublicæ, uoluit extendere ad loca-
tionem, & conductionem in l. item si pre-
tio ff. loc. contramiscunt mihi carnes, dum
uideo christianam rempublicam admittere
consilia horum Iurisconsultorum deceptio-
nem proximi manifeste permittentium,
& deceptionem quidem non in modico tan-
tùm, sed in maximo etiàm excessu. Dio-
cletianus enim, & Maximianus ostes im-
pij christianorum, & totus bonæ, & rectæ,
& rationabilis politiæ experses in l. 2. &
l. 1. uoluntate C. de rescind. uendit. de ex-
pertionem huiusmodi usque ad dimidium
iusti pretij permiserunt, ut nisi dimidium
excedat non possit in Iudicium deduci, se-
cundum, quod in emptione rei ualentis ui-
ginti, permissum est mihi decipere fratrem
in nouem imo in decem, crudelis, & in
humana resolutio, digna quod extermine-
tur à republica Christiana.*

*Franc. For. in addit. ad Franc. Steph. in
decis. Aquens. 6.* ad propositum sic etiam
prorupit. *Preceptum diuinum est, leuit.
25. quando uendes quidspiam Ciui tuo,
uel emes ab eo non contristes fratrem
tuum; contrà leges ciuiles permittunt con-
trahentibus mutuo se circumuenire, sed
quanta debeat esse illa circumuentio diù
certatum, & dolendum est à crudelissimis
Thirandis, & nominis Christiani infa-
stissimis hostibus hoc tandem definitum in
d. l. 2. quod fateor maxima cùm inæqualita-
te, & ut ait uir Doctissimus disproportio-
nem, qui æqualitatem ipsam hoc est ueram
iustitiam dimidio fraudare permittit, &
non restituendum circumductum uendito-
rem, nisi dimidij plus sui pretij sit frauda-
tus: sed non est mirum, illam duritiam
exisse à sanguinarijs illis pietatis christia-
na hostibus, qui decimam illam carnifici-
nam persecutionis longiorem, & truculen-
tiorem pertinacissimè exercuerunt, & do-
nèc de Imper. abdicarun*, hęc alloquutus
Franc. For., & abducunt etiàm dictum
*Apostoli primo, ad Thes. 4. num. 6. ne quis
in negotio circumueniat fratrem suum.*

Quia supradicti omnes grauitèr, æqui-
uocauerunt, ponendo contractum malæ
15 fidei pro stricti iuris, quasi quod dice-
re voluissent, contractus hodie sunt om-
nes bonæ fidei, quia nullus malæ fidei,
ergo nullus stricti iuris, negatur conse-
quentia: cùm nihil sit in iure nostro fre-
quen-

Digitized by Google

quentius, & scitu dignius, vel vtilius, quàm obseruatio differentiarum, quæ sunt intèr contractus stricti iuris, & eos, quos bonæ fidei appellamus.

16 Cùm enim disponatur in *textu in d. l. bonam fidem* omnes contractus bonæ fidei oportet esse, non illud significat, contractus omnes pro bona fide habendos, sed contractibus omnibus bona, non mala fides intercedat, abhorrent enim leges malam fidem, quæ potissimum ex vi, & dolo inducitur, nec vnquàm patiuntur firmum manere, quod per vim, dolumuè extortum est, siuè bonæ fidei, siue stricti iuris contractus sit, in quibus semper dolus vindicandus veniet, quod non est in bonæ fidei iudicijs, & stricti iuris, in bonæ fidei enim Iudicij vendicatur dolus ipsius Iudicij æquitate, neque doli exceptio necessaria est *l. sedet si ideo ff. solut. matr. l. huiusmodi. §. qui seruũ ff. de leg. 1.*

In contractibus vero stricti iuris necessaria est doli exceptio, quando in Iudicio eiusmodi actiones exercẽtur, alioquin ex natura Iudicij, & ex lege contractus condemnari oporteret eum, qui tamen ex æquitate, & bona fide non esset condemnandus, vt puta quia in bonæ fidei Iudicijs condemnatio fit ex illa bona fide, & quod æquius, melius videbitur, Iudex sequi potest ex præscripto ipso formulæ, qui præbet ei lon-

17 gas habenas æquitatis, & diudicandæ, & sequendæ. In strictis autem ità demum additur Iudex formulæ, vt ex ea strictissimè procedat, ita vt, quod si appareat, me tibi stipulari spondissem, aut à te centum mutua accepisse, re cùm formulam contineat exceptionem pacti, aut doli, nihil aliud Iudex facere potest, nisi vt me condemnet quamtumuis videat non deesse æquitatem facientem pro te, si pacti, vel doli exceptio subiecta fuisset.

18 Sunt enim differentiæ in præstationibus, quoniam ex contractibus bonæ fidei præstationes fiunt superabundantes, quàm ex stricto iure, suaptè scilicet natura contractuum Iudiciorum bonæ fidei: cui in stricto iure nèc ipsa bona fides, aut æquitas patiatur, vt tàm vberes præstationes fiant: non nè pecuniæ ex stipulatu debitæ censuras à die moræ tàm facili debentur: quàm si depositi, non aut mandati iudicio peterentur, aut pari modo ex stipulatu adiudicandus ex mutuo, quàm adiudicentur venditori ob non solutum prætium ab emptore, qui rei venditæ fructus percepit: diuersimodè siquidem, cur hoc, nisi quia

19 actiones ex causa depositi, vel mandati, vel venditi competentes bonæ fidei sunt, conditiones vero ex mutuo, aut ex stipulatu sunt stricti iuris, si ergo tot differentiæ intercedunt intèr vtrumque Iudicium, nullatenus affirmandum venict, omnes hodie contractus esse bonæ fidei, quia eadem differentia, quæ est intèr æquitatem, & ius strictum, est etiàm intèr contractum bonæ fidei, & stricti iuris, æquitas enim benignam admictit interpretationem, ius verò strictũ eandem excludit, amplectitur quoad verborum figuram, sequitur, & iuris subtilitatem *l. Pomponius in princ. ff. de acq. hared. l. si ità scriptum ff. de lib. & posth. Tiraq. de retract. lign. §. 35. gl. 1.*

20 Et ad *text. in l. bonam fidem* hæc optima dari potest interpretatio, quod non ex quo in omnibus contractibus requiritur bona fides, ergo fit bimembris partitio, non debet esse contractus malæ fidei, id omne totum complectitur in illo primo bimembro, vt sint omnes contra-

21 ctus cum bona fide: non enim conuentiones distinguuntur, vt quod aliæ sint bonæ fidei, aliæ malæ fidei, ex quo nulla conuentio dari potest, vt sit malæ fidei, quia mala fides, sunt dolus malus ab omnibus conuentionibus reicitur *l. si quis non alitèr ff. de verb. sign. Bald. in cap. si pro debilitate num. 6. in fine de offic. deleg.*, sed debet fieri partitio, vt omnes contractus, siue conuentiones, aut bonæ fidei, aut stricti iuris sunt, quoniam etiam in conuentionibus stricti iuris bona fides intercedere debet, idest bona mens *Bald. in cons. 343. num. 2. vol. 1.* vndè si dices, quare dicatur contractus bonæ fidei, quia ab omni malo, & ab omni machinatione est segregatus *d. l. bona fides*, vt etiam bona fieri possit diuisio debet fieri per opposita *l. 1. ff. de rer. diuis. l. 1. ff. de ys, qui sunt sui, vel alieni iur*: pro vt in possessore, qui alius est bonæ

næ fidei, alius malæ fidei *l. certum est C. de rei vend. cap. possessor. de reg. iur. in 6.*, non sic in conuentionibus, in quibus vt diximus indefinitè requiritur bona fides, ideo bonæ fidei, quia exuberat bona fides *l. 3. C. pro socio. l. si dolo C. de resciud. vendit.* nàm cùm de bona fide agitur, non oportet de apicibus iuris disputare, sed de naturali æquitate dumtaxàt tractare *l. si fideiussor §. quædam ff. mand.*, & propterea bonæ fidei interpretatio appellatur, quæ fit in contractibus bonæ fidei *l. ab empt. ff. de pact.* dicitur tùnc bona fides quædam adiectio, seù qualitas contractus, quæ eius excellentiam desiderat *Bald. in d. cap. si pro nobilitate num. 7. in fine de offic. deleg.*

22 Quæ quidem excellentia, ex quo deficit in altero contractu, ideo vocatur stricti iuris, quia tùnc strictè fit interpretatio, quasi quod æquitatis ratione non regatur, sed stricto iure nitantur, & ideo, quod verbis non fuit expressum benigna iurium interpretatione non potest intelligi *l. quicquid astringendę §. 1. l. si ità stipulatur §. chrisogonus ff. de verb. oblig.*, & non sine ratione propterea cōtractus alij sunt bonæ fidei, in quibus boni, & æqui, benignique iuris fit interpretatio. Alij stricti iuris, qui non ex bono, & æquo, sed callido, versutoque iure intelligitur, in quo nihil prouenti considerari potest *Covar. in cap. possessor. in 3. parte §. 6. in princ. de reg. iur. vbi nu. 5.* hoc probat etiàm de iure canonico, quicquid dicat *Bald. in cap. 1. non plus pet.* cùm alitèr sibi contrarius affirmet *in cons. 95. num. 8. lib. 2.* nisi dicas Baldum in primo loco intellexisse de foro conscientiæ, vt aduertit *Mantica in d. lib. 1. tit. 9. sub num. 44.*

23 Et ad exosam, & ethnicorum inequiualentiam permissam à Cæsaribus in contractibus respondetur, talem etiàm semper fuisse apud eosdem, per quos videmus, tot præpositis edictis, & cautionibus ad vnum maxime exigisse, ne quis ex dolo suo lucrum sentiret, neque sua fraus cuipiam patrocinetur, quòd haud scribere intellexere *Vlpianus, & Paulus in d. l. in causę, & d. l. si prętio*, sed desolertia illa dumtaxàt, quam incontrahendo solent adhibere contrahentes siue sint emptores siuè locatores, siuè conductores, vt in eo contractu, qui hos contractus præcedit alter alterius consensum emulceat, quanto facere potest commodo suo, & lucro, quod tàm naturale, idest à natura insitum omnibus vēditoribus, & emptoribus, vt exhindè dici possit quod non edocti, sed inbuti simus à natura ipsa, vt nec alitèr hodiè fiant venditiones, & locationes intèr christianos more à nostris moribus non improbato: Nec vlterius christiana Religio prudentiam, & solertiam consortio euellit, sed tantùm ne quid per fraudem, dolouè malo fiat, prohibet, & mandat, vt optimè respondet *Ant. Fab. de err. Pragm. decade 9. err. 1. propè finem*, dicens, quod veteres prudentes, & iuris nostri authores in ijs, quæ ad mores pertineat cùm christiana religione prorsùs consentientes, & eius propritatis tuendæ, siue qua societas humana conseruari nequeat, tàm studiosi, & religiosi, vt mirari quis præcepè non immerito possit, ipsos ethnicos homines tàm piè alloquutos fuisse patet in Papiniani sententia in *l. si venditor in fine ff. de sent. exper. ibi, viro bono non conuenire credere venditori interesse, quod omnino seutentis satisfactum non esset*, & alibi, in *l. seq. eùm beneficio ad fieri hominem*, hominis enim vero pænæ non irrogatæ indignatio solam duritiē continet, & in sexcentis alijs sententijs bonus Moralis ille *Seneca*, & Tullius de officijs, quod in simili scripsit Diuus Augustinus vir dignissimus, & doctrinæ, & christiani nominis, commune gentium scilicet omnium ius esse, vt ament amicos, proprium, & peculiare christianorum, vt ament etiam inimicos, & si secundum decentiam alitèr suo loco dicemus.

24 Secunda est differentia inter permutationem, & contractum innominatum *do, vt des*, quia in contractu *do, vt des*, altero recusante implere, datur diuersa actio contra eum, vt *in l. 1. ff. de rer. permut. in fine, & in d. §. si quidem.* In permutatione verò agitur ad instar venditionis, vt *in l. 1. ff. de euict. l. si permutationis, C. eod. Mang. de euict. cap. 140. in princ.* licet aliquando actio præscriptis verbis datur

datur etiam in permutatione, secundum *Thol.loco cit.in fine.*

25 Tertia patet differentia inter permutationem, & contractum *do, vt des*, ex diuersis titulis in iure, & apud *Doct.* descriptis, *& ff. & C. de rer. permut.* & de innominatis contractibus *do, vt des*, nẽpè de præscriptis verbis, *de cōdict.ob caus. dat.* & alibi, quod nihil refert si statim annectantur, vt voluit *Petrus Gregor. loco cit.quando non sunt ydem.*

Secunda opinio continet contradictionem, cùm quemadmodũ informãdo contractum innominatum *do, vt des*, & permutationis non differat, si daretur, vel permutaretur species pro specie, genus pro genere, genus pro specie, & species pro genere, ex eo, quia in omnibus supradictis rebus, & pro ijsdem, & fieri potest contractus innominatus *do, vt des*, & permutationis, vt fatetur idem *Mantica loco cit.sub nu.9. vers. sed aduertendum est*, & probatur meliùs *in d. §. siquidem*, ibi, *si autem rem do, vt rem accipiam*, non distinguens textus, nec rei speciem, nec genus, & proindè cùm indefinitè loquatur, intellexit de omni re, ergo in nullo apparet species distincta permutationis à suo genere contractus innominati, *do, vt des*, si verum sit, quod genus prædicatur de pluribus differentibus specie, secundum Philosophum, nec in hoc esse nomen analogum, quando ignoratur quale sit genus, ex quo etiam contractus permutationis dicitur innominatus secundum suum genus apud Legistas prædicatur de permutatione diuersarum rerum, prout homo est genus in lege, quia prædicatur de diuersis differentibus specie, nempè de Musico, de Leuita, de Doctore, de Turca, de Christiano & de similibus, qui aliàs in Logica esset species, quia quod genus in lege species in Logica, & quod indiuiduum in Logica species in lege.

26 Ego verò nego contractum permutationis esse distinctum à contractu innominato *do, vt des*, diuersam inter se dari actionem, sed bene affirmo quod ratione symboli vnus contractus conuertitur in alium de potentia ad actum, est certè in potentia contractus innominatus *do, vt des*, vt conuertatur in contractum nominatum permutationis, nempè ante implementum sit impotentia contractus innominatus *do, vt des*, post implementũ verò symbolizetur siuè conuertetur contractus ille innominatus *do, vt des* in permutationem, ratione potentiæ ad actum, & tùnc sic demum considerari potest, vt detur actio bonæ fidei, & euictionis, quando scilicèt contractus innominatus *do, vt des*, ex implemento facit transitum ad contractum nominatum permutationis, *Castr. in l.1.num.11.ff.de rer. perm.* ibi, *permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet*, alioquin si res nondùm tradita sit, nudo consensu, constitui obligationem dicemus, & vlterius igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem velit tradere non in hoc egemus, vtique quod interest nostra illam rem accepisse, de qua conuenit, sed res nostra nobis reddatur conditioni locus est, quasi re non sequuta, & sic non in permutatione etiam, re non tradita ex vna parte, queritur dominium rei traditę alteri parti, vt *gl. in d.l.1. in vers. egemus* pro consecutione rei non traditæ competit actio non præscriptis verbis, sed ex causa non sequuta, vt *in l.dedi tibi, ff. de cōdict.ob causam*, ibi, *nulla hic alia obligatio est, quamobrem dati, re non secuta*, quæ quidem actio competit ex contractu innominato *do, vt des*, qui est in potentia permutatio, prout sumitur *in d.l.1. C. de rer. permut.* non verò ex contractu veræ permutationis adimpletæ, tùnc enim re euicta, vel alitèr habita pro non tradita, non ampliùs competit, nec actio præscriptis verbis, nec actio ex condict. rei non traditæ, sed omninò iudicium euictionis, vt supra probauimus, & sic concludendum est contractum innominatum *do, vt des*, dispositiuè esse contractum distinctum à contractu permutationis, executiuè symbolizatur, & conuertitur in eundem contractum permutationis, etiam si accesserit stipulatio, vt elegãtèr determinat *Bart. Soccin. in rubr. de verb.obligat.à num.24. ad finem*, & hoc est, in quo non aduertit vir Doctissimus ille *Tholos. loco cit.* quando non habens cognitionem de nostris terminis symbolicis, in fine voluit pertransire cum distinctione ad euitandam confusionem,

in

in quam magis, & magis se inuoluit, vt est videre apud ipsum.

27 Quibus præcognitis non immeritò deueniendum est ad cognitionem cambij, qui in toto ferè orbe approbatus dicitur, nedum vt contractus iustus, sed vtilis, & necessarius *Doct. omnes in cap. nauiganti de vsur. Scaccia de commercio, & cambio, §.1. quæst.7. parte 2. ampl.7.* qui satis respondet contrarijs tenentibus cambium in omni sui genere prohibitum, de-

28 testabile, & periculosum: Imò tanquàm contractus bonæ fidei ex non implemēto parit interesse ex eius natura *Rota Gen. decis.1. num.41.* sequitur *D. Reg. Capyc. Latro decis.106. sub num.3. vol.1* solet bene verum magis disputari apud Doctores, an eiusmodi contractus sit differens à cæteris contractibus, an potiùs sit contractus specificus, vel innominatus *do, vt des*, an permutatio, an mutuum,

29 an venditio, prout in vnaquaque specie contractus quasi partitæ fuut eorum opiniones.

30 Qui dixerunt cambium symbolizari cum mutuo *Rebuff. scilicèt in cap. consuluit par. 2. q. 26. de vsur. Medina de reb. per vsur. acq. quæst.6. Menoch. cons.1180. n.22. Nauarra in manual. cōfess. cap.17. de vsur. circa camb. sub num. 288. & in cap. nauiganti num.16. & 17. de vsur. Host. in summa de vsur. Gail. de credito cap.2. tit.7. q.8. n. 1283. & n. 2288.* alijque, quos sciens omitto, & infrascriptis mouentur ratio-

31 nibus, & argumentis. Primo, quia mutuare pecunias per literas nundinales est dare illam cùm temporis interuallo, & eiusdem numero, & specie transferendo pecuniæ dominium in eum, cui mutuatur, *l. mutuum, §. appellatum, & §. creditum, & ibi Doct. ff. si cert. petat.* & consequentèr mutuatarius ex pecuniæ sibi do-

32 minio translato potest ad omnem suū beneplacitum pecuniam expendere, & consumare, quia ipse effectus est dominus pecuniæ mutuatæ, & commodum, &

33 interitum eiusdem ad ipsum spectat, at quidem est in cambio, quia datur pecunia cum translatione dominij in eum, cui datur cambio cùm dilatione temporis ad restituendum ergo.

34 Secundo nàm procurator constitutus ad accipiendum mutuam pecuniam potest eam accipere sub cambijs, & recambijs iuxta morem regionis *Mantica de tacit. & ambig. conuect. lib.3. tit.9. num.67. col. 1.* ideò mutuum, & cambium sunt symbola, cùm Doctores æquè votant de cābio, quàm de mutuo *Rota Gen. decis.30.*

35 Tertio quamuis cambium non esset mutuum formale, saltim negari non potest, quin non sit mutuum palliatum, siuè velatum, ex quo mutuum velatum est, quod secundum suam formam apertam, & verba contrahentium, est alius contractus quam mutui, secundam veram formam latentem, & mentem cōtrahentium veram, vel præsumptam, est mutuum, quale dicitur quilibet alius cōtractus in ratione dilatæ restitutionis, vt augetur attento minori prætio, nempè valet decem, emit pro octo, quia anticipatè eam soluit, videtur proculdubio mutuare prætium, videlicet illa octo, quæ dat, & illud minùs, illa scilicet duo, quæ non soluit videtur accipere pro vsura, & sic ex quo ementi facit tempus ad soluendum prætium, videtur illi mutuare pretium rei, & pro isto mutuo accipitur illud plus ascendens iustum pretium *D. Th. 2.2. q.28. art. 2. vers. ad septimum Sot. de iust. & iure lib.6. q.1. art.1.*

37 Proindè tametsi quælibet vsura versatur in solo mutui contractu, verùm, quia duplex est mutui contractus verus, & palliatus, ità similitèr duplex est symbola vsura, vera scilicet habens symbolum cùm verò mutuo, & palliata symbola cùm mutuo palliato, *Abb. in cap. in Ciuit. num.2. de vsur. Rota diuers. decis.199. num. 3. par. 2.* & consequentèr ratione symboli, sicuti est prohibitum mutuum, in quo aliquid ratione temporis accipitur vltra sortem, quia tùnc continet vsuram, quæ semper est detestabilis; ità etiā prohibitum est cambium, in quo ratione temporis accipitur aliquid vltra summā datam, ex quo campsores, qui exigunt ex cambio nundinario non possunt causam exigendi aliam assignare, quàm quæ percipitur ob commoditatem exigendi, quam habent, qui accipiunt cambio, nēpè quanto tardiùs, eo duriùs compensatur lucrum, *Medina d. q. 6. tit. de reb. per vsur. acq.*

38 Ex hoc cognoscimus dantes cambio

T pro

pro primo foro, quanto distantiori tempore à foro dant pecunias, tanto minùs dant, quia longiori tempore carebunt pecunijs cambio datis,& accipiens longiori vsus est dilatione,exemplum ponit *Less.de iust.& iure lib.2. cap.23. num.53.* nempè primo mense pro centum aureis Lugduni accipiẽdis,Campsor dat Venetijs 118.duc.secũdo mense 119. & tertio mense dabit 120.& in cambio Francfortensi hanc cambij conditionem seruari, vt si Antuerpiæ Campsor quinto mense ante nundinas pecuniam numerat det solum 73. granos pro florenos Germanicos, si quarto mense numeret dat solum 74. & sic deinceps, & sic prætium variatur prout tẽporis intercapedo mutatur, & consequentèr quis non interpretabit,ex quo prætium cambij non potest variari, nisi ex sola mutatione temporis longioris, vel breuioris, & sic manifestissima vsura,prout patet in *Py V.Cõstitutione*. Vndè cùm totum negotium cambij in tẽmporis dilatione consistet, erit semper mutuum secundum *Bursat. cons. 399. sub num. 26. & 27. col.4.* quod quidem pallium siuè velamen fuit ad inuentum ad palliandam,et tegendam vsuram;quæ tali in mutuo contrahitur, scribit *Ioan.Bapt. Cauat. tract.de camb. tit.delit.vers.quaero*,an liceat, et specialiùs *Nicolaus Serga inter cons. Gen.10.* quadam apostilla apud *Hilarionem, Gen.tract.de latiss.vsur.in fine, & Gen. tract. de cambio art.68.num.6.parte 1.*

39 Quarto argumentatur ex eo,quia malitia mercatoris ea est,vt in cambio dent suas pecunias, non quia egeant, vt illæ sibi in alio loco soluantur, sed vt eas accipiant, cùm aliquo prouentu,et proindè istud cambium nihil aliud esse putant, quàm vsuram latentem.

Quinto,nàm si quis emat iusto prætio frumentum tempore absolutarum messium,quando certum esset impositum prętium,et obliget venditorem ad illud sibi consignandum tempore Paschatis, con-
40 tractus est vsurarius, quia verisimilitèr tempore Paschatis pluris valebit iuxtà mentem,quæ per contrarium elicitur sẽsum ex *cap. nauiganti de vsur.* et non habetur in consideratione, quod possit minoris valere, quia id de raro accidit, cui
41 non sic de facili lex accomodatur, sed bene ad ea, quæ frequentèr accidunt, *Host.in summa tit.de vsur. §.in aliquo*, et quod mutuans monetam,triticũ, vel aliquod aliud eo pacto, vt sibi reddantur tempore, quo verisimilitèr creditur eius prætium aucturum iri, committere vsuram voluit, *Azor. instit. moral. parte 3. lib.10.tit.de cambio cap.7.vers. idem quoq; docere videtur Ang.*

Hæc, & alia argumenta adducuntur ad improbandum cambium tanquam symbolum cùm mutuo, ad quæ argumẽta facillimè respondetur, ad primum negando propositionem, quod cambium sit mutuum,vel cùm eo symbolum ratione maximi discriminis inter vtrumque. Primum illud est quoniam si inspexerimus personam accipientis ad cambium priùs recipit,& posteà dat,mutuans verò priùs recepit,& posteà dat, & sic ex parte ipsius accipientis non est mutuum, *Azor.cap.5.q.1. lib.10.par.3.* si consideratur persona dantis ad cambium hæc ratio non currit,cùm ea tantùm considerari potest differentia mutui actiui, & mutui passiui vt aduertit *Scaccia quæst.4. §.1. sub num.6.vers.illud circa prædicta*, & esse diuersificare factum,non ex modo essendi, sed ex modo operandi.

Secunda est differentia, quia mutuum redditur vsurarium, eo quod mutuatarius restituit vltra sortem cum eo, quia restituit minùs,secùs in nummulario, qui aliquando recipit minùs.

42 Tertia differentia, inter mutuum, & cambium ea est, vt qui res mutuãs accipit tenetur restituere in eadem bonitate,& qualitate, prout fuit res mutuata, nempè moneta argentea pro argentea, aurea pro aurea, vinum pro vino eiusdẽ bonitatis, & speciei, nempè grecum pro greco,phalanga pro phalanga,vetus pro veteri,& deinceps,in cambio vero, non sic, debet necessariò interuenire diuersi-
43 tas rerum, quia cambium est vnius rei cum alia diuersa, & differenti permutatio.

44 Quarta differentia, quia mutui capitale minui non potest, cambij verò secùs cùm possit euenire, vt dans cambium detrimentum patiatur in sorte.

45 Quinta est differentia, quia mutuans sine.

Digitized by Google

fine termini præfinitione poteſt pecuniam mutuatam ad ſui libitum repetere, dato ſcilicet aliquo congruo ſpatio, ſecùs in cambijs, quia in eis non poteſt dilatari natura dilationis ſolita concedi.

46 Sexta eſt differentia, quia mutuum fit vt reddatur alio tempore, cambium verò vt reddatur alio loco.

47 Septima eſt differentia, quia cambium verſatur ſolum circa pecuniarum permutationem, mutuum verò circa omnia, quæ conſiſtunt ex numero, pondere, & menſura, *l. 2. §. mutui datio, ff. ſi cert. petat.* quibus differentijs ſatis reſpondet *Scaccia d. §. 1. quæſt. 5.* dicens eas fuiſſe adinuentas ſolum ad palliandum mutuum.

48 Ad ſecundum argumentum reſpondetur, quod ideò procurator conſtitutus ad accipiendum mutuum poteſt accipere pecuniam ad cambium, quia in vtroque caſu celeritèr, & expeditè prouidet neceſſitatibus ſui principalis, quibus pari modo videtur occurri ex mutuo prout ex cambio, ſed non per hoc ſequitur cõſequentia ergo cambium eſt mutuum, cæteris argumentis actenùs ſatisfactum fuit per *Scacciam d. §. 1. quæſt. 7. par. 1. ſub num. 76. & ſeq.*

49 Qui tenent cambium eſſe vẽditionem, ſic probant, pecunia poteſt locari pro certo prætio, vt puta alicui Campſori ad pompam in Banco *Cen. de cambio parte 2 cap. 5. num. 19. in fine Sot. de iuſt. & iure lib. 6. quæſt. 1. art. 2. verſ. nunc enim,* ſed quod poteſt certo prætio locari poteſt, de ſui natura etiam emi, & vendi, & quod pecunia poſſit emi, & vendi, probat *Azor par. 1. lib. 10. cap. 4. q. 9. in fine verſ. prætereà camb. inſtit. moral.* & quod cambium ſit contractus emptionis, & venditionis tenet *Anania in cap. nauig. de vſur. num. 46. & 47.* vbi *Ioannes Baptiſta Lupus §. §. nu. 58. Molfeſ. de contract. cap. 4. reſponſo 5. num. 29. Cardin. Tuſc. conſ. 11. lit. C. num. 3. vol. 1 Scaccia de commerc. & camb. d. §. 1. quæſt. 4. à num. 21. & ſeq. Gait. de credit. tit. 7. ſub num. 2294. Caiet. de camb. parte 7. ſub num. 2. 3. & 4.* & patet ex lectura literarum cambij, vbi dicitur, *per la valuta.*

Cæterùm ſuprapoſitum argumentum non currit ex defectu antecedentis, & conſequentiæ: cùm non ſit vera propoſitio, quod pecunia poſſit locari ſecundum *Archidiaconum in cap. 1. ſi feneraueris 14. quæſt. 3. num. 5. Ancar. in cap. 5. peccati ſub num. 8. verſ. ſed hic quæro de reg. iur. in 6. & Beatus Ioann. de Capiſtr. tract. de vſur. in 2. par. ripart. num. 83. tomo 7.* ex defectu conſequentiæ, quia non valet dici pecunia poteſt locari, & vendi, ergo cambium eſt locatio, vel venditio, quia ſic etiam poteſt dici, pecunia poteſt alienari, ergo alienatio pecuniæ eſt mutuum.

Nec obſtat *Scacciæ* probatio per contrarium ſenſum ſcilicet non valere conſequentiam, non poteſt locari, ergo non poteſt vendi, quia ſunt res quæ poſſunt vendi, & nullatenùs locantur pro vt periculum, ſiuè caſus ſiniſter pecuniæ vehendæ, item Nauis aſſecuratio, mercium, vitæ hominis, & ſimilium, quæ poſſunt vendi, & non locari, per viam contractus aſſecurationis ſcilicet, in quo aſſecurans vendit periculum rei aſſecuratæ, & aſſecuratus emit, quæ omnia locari non poſſunt: non inquam obſtat, quia illa aſſecuratio tanquàm actus repoſitus ſub futuro euentu nec vendi, nec locari poteſt: cù n non ſit res, quæ poſſit ad emptorem tranſire hoc eſt in aſſecurantem, per quem nullum ſoluitur prætium pro aſſecuratione, imo eſſet, triente ſiniſtro euentum ſoluitur prætium rei aſſecuratæ aſſecurato, ergo non eſt aſſecurans, qui vendit, ſed qui emit periculum, & ſic in principio contractus non poteſt cognoſci, quis ſit emptor, quis venditor, aſſecurans ſcilicet, vel aſſecuratus, poteſt potius dici contractus ille, ſponſio, vulgo, *ſcommeſſa*, quàm contractus emptionis, & venditionis, igitur non currit argumentum.

Secundum argumentũ illud eſt, quia pecuniæ æſtimatio creſcit, & decreſcit *cap. olim cauſa, & cap. cùm canonicis de cenſib.*, ſed ea, quorum prætium creſcit, & decreſcit, ſunt vendibilia ergo.

Reſponde quod non per hoc quod pecunia creſcit, & decreſcit, eſt ſecundum valorem prætium ipſiuſmet pecuniæ, quæ non poteſt eſſe prætium ſui ipſius, ſed bene menſuratio ad aliud, nempè ad rem emendam, quod contingit ex materia, de qua conſtat pecunia, & ſi-

gno cuius no mine pecunia creditur, aliàs si non adesset designatio prætij in pecunia, non esset ampliùs prętium ad aliud, sed valor in se secundum bonitatem materię, de qua constat, & non ampliùs diceretur posse fieri emptio, & venditio, deficiente prætio, quod est in pecunia, non verò in materia, de qua pecunia constat: vnde crescere, & decrescere pecuniam est accidens, quod non immutat substantiam, et essentiam designationis pecunię, prout pecunia est, potest bene vendi pecunia, quatenus vendatur materia, de qua constat, et tunc venditur res, non pecunia: cùm ea materia possit interuenire, vt res, et pecunia, qua emitur illa materia, vt prętium, sed pecunia vt pecunia, pro vt talis est, nec emi, nec vendi potest: cùm nesciatur, vtra eorum sit merces, et prætium, vt latiùs explicat *Medina in suis tract. tomo 2. tit. de reb. per usur. acq q. 9.*

Tertium argumentum illud est, quod quicquid est commutabile est vendibile, sed pecunia potest commutari, secundum opinionem, quod cambium sit cõmutatio, ergo potest vendi.

Responde distinguendo, quod aut loquimur de specie, nempe tritico, oleo, calceo, et similibus, et tùnc quia recipiunt prętium, possunt vendi quemadmodum, & commutari ad inuicem, sed non sic est in pecunia, quæ non accipit prætium sui ipsius, vt diximus, & sic non valet argumentum, potest commutari, ergo potest vendi in ijs, quæ non recipiunt æstimationem, & prætium: nàm licet calceus sit adinuentus ad tegendum pedem, potest bene commutari cùm veste *Decianus responso 1. num. 179.* verum calceus non amittit vsum pedem tegendi quomodocumque tradatur vel permutatur, pecunia enim est adinuenta ad mensurandum cæteras res, si permutatur cùm alia pecunia, sufficit si sit æqualis in prætio, nempè aureus pro auro, nummus pro nummo, quia aurum pro auro in venditione non recipit, nec recipere potest conditionem eiusmodi contractus: cùm in eo debet omnino diuersificari, & secerni species pro specie, nempè prætium à re, & sic qualis ex aureis, sit prætium, & qualis sit res, nullatenus secerni potest, quod non est in re cùm re, quando permutantur: cùm in permutatione bene potest fieri, vt species succedat loco speciei, absque vllo prætio considerato, & sic pecunia quando cambitur, consideratur vt species, pro specie, non vt species pro pretio.

Quartum argumentum desumunt ab eo, quod illud est vendibile, quod pecunia est æstimabilis, sed vna pecunia, seù moneta æstimatur per aliam, ergo pecunia, potest emi, & vendi, sed quæ sit res, & quod sit pretium, non potest assignari, in æstimatione pæcuniæ cùm pecunia, adhoc, vt sit venditio.

Quintum argumentum, quod merx vendibilis habet duplicem bonitatem, intrinsecam scilicèt, & extrinsecam, & ab ista duplici bonitate sumitur instantia pretij, quo merx illa vendi debet, sed ista duplex bonitas reperitur etiam in pecunia *Bart. in l. Paulus sub num. 8., & Castr. sub num. 4. in quæst. 8. ff. solut. matr.* ergo moneta potest vendi, & emi, & consequentèr sequitur, quod contractus cambij, in quo emitur, & venditur pecunia, sit contractus emptionis, & venditionis.

Respondeo quod illud expresse negatur, quod in contractu cambij venditur, & emitur pecunia; quia res vendi potest, ergo semper venditur, negatur consequentia: cùm aliquando permutetur, mutuetur, deponatur, & donetur, & illud, quod in cambio pecunia venditur, vel vendi potest probandum, quod non fuit probatum per *Scacciam loco cit.* hanc opinionem tenentem, ergo non currit eius assumptum, & proinde defecit in salutari suo.

50 Alia fuit opinio eorum, qui dixerunt cambium esse meram permutationem. *Mantica de tacit. & ambig. conuenct. lib. 25. tit. 1. num. 10. vol. 2. Azor. Instit. Moral. parte 3. lib. 10. tit. de camb. cap. 1. & cap. 5. quæst. 5. vers. accidit, Gama decis. 32. num. 5. Bero cons. 107. num. 52. lib. 2. Gen. de cambio in princ.*, & quod hæc sit vera opinio, probant à deriuatione vocabuli cambij, vt voluit *D. Reg. de Ponte cons. 94. in princ. vol. 2.*, quod deriuatur ab vsibus feudorum testatur *Petrus Gregor. Thol. syntagm. iur. ciuil. Vniuers. lib. 6. cap. 1.*

num.

num. 11. *verſ. de cambio*, vbi dicit quod cambium dicitur à verbo *commuto*, quod et hodie apud Italos, et Insubres eſt vſurpatum, *Lagan. ad D. Reg. Rouit. in rubr. ſuper Prag. de lit. camb. Gait. de credito cap.* 2. *tit.* 7. *num.* 1197. *& ſeq.*

51 Veritas eſt, quod cambium eſt contractus diſtinctus ab omnibus ſuprapoſitis ſecundum *Sotum de iuſt. & iure lib.* 5. *q.* 6. *art.* 2. *concl.* 3. *Corrad. de contract. q.* 99. *n.* 3. et proindè non eſt nec emptio, nec permutatio, nec mutuum, nec contractus innominatus *do, vt des*, vt voluit *Grat. diſcept. forenſ. cap.* 642. *nu.* 8. ſed contractus differens bonæ fidei patiens actionem de per ſe, prout eſt feudum iuxtà eiuſmodi deriuationem, ſymbolum benè verum cùm permutatione.

52 Tota eiuſmodi materia diuiditur in cambium reale, & ſiccum, cambium reale dicitur illud, quod conſtat ex legitima cauſa permutandi ſegregatum ab omni mutui ratione, & hoc cambium ab omnibus approbatur, diciturque neceſſarium, & vtile Reipublicæ, *Gait. de credit. cap.* 12. *tit.* 7. *num.* 1226. *D. Reg. Latro deeiſ.* 106. *ſub num.* 11. *& conſult.* 42. *vol.* 1. *Caſora Peregr. quaſt. lib.* 1. *quaſt.*

53 Cambium reale in duplici diuiditur ſpecie, ſcilicet in minuto, & in eo, quod fit per literas: minutum autem manuale cambium dicitur illud, fit in eodem loco de moneta argentea cùm moneta aurea, aut moneta Neapolitana cum Romana, vel alia, aut alijs modis, quibus eò tunc vtuntur *li Bancherotti*, ſecundum *Caet. de camb. cap.* 1. *num.* 1. vel quia minuti in negotiantes cambium monetam, & per minutiores monetas fit, ac manuale, quia de manu ad manum permutatur moneta, *Caſtill. Stal. deciſ.* 112. *num.* 2. *&* 3. et iſti campſores ſiuè nummularij commutantes per cambium minutum ſunt in aliquibus regionibus deputati à publico publicaque authoritate propoſiti, qui licitè exercere poſſunt hoc cambium, et ſibi licere circa extinctionem collybi, ſeù mercedis, publica etiam authoritate taxari, aut taxatæ habito reſpectu ad expenſas exigere, vt probant quamplures Doctores longa remiſſione citati *per Gait. d. cap.* 2. *ſerm.* 7. *ſub num.* 1261. *dicens ſub num.* 1262. quod in Regno non poſſunt

54 tales campſores de publico deputari, ſed benè ex priuato negotio illud exercent per Bancherottos, ex diminuto nomine à Bancherijs, quia ad minutum cābiando deſeruiebant, et per hoc diminuto nomine nominabantur, ſed alio modo in Ciuitate Neapolis exercetur hic modus cambij per Montes pio fundamento erectos, prout eſt Mons Pietatis, et Mons Pauperum, et nouiſſimus Mons Miſericordiæ in Platea Capuana conſtructus, ad quem affluunt omnes gẽtes iuxtà deſcriptionem poſitam in frontiſpitio dicti Montis, tales priuati non à publico deputati poterant etiam collybum, ſiuè mercedem exigere, et erit licita exactio, quicquid dicant *Caet. in opuſc. de camb. tract.* 7. *cap.* 1. *nu.* 6. *Scaccia d. tract.* §. 1. *quaſt.* 1. *nu.* 424. *& quaſt.* 7. *par.* 1. *n.* 44. *& ſeq. ſeq. Gait. loco cit. ſub num.* 1262. reſpondens ad contraria *n. ſ q.*

55 Cambiũ reale, quod per literas exercetur aliud eſt nundinale, aliud locale, nundinale eſt illud, quod fit per nundinas, locale celebratur de vno ad alium locum, nempè quando Campſor in Ciuitate Neapolis dat pecuniam ad cambiũ ſoluendum Romæ, *Gen. de cambio cap.* 7. *in fine*, quod quidem locale cambium ſolet trium, vel quatuor perſonarum interuẽtu expleri exemplis, de quibus *per Scacc. d. q.* 7. *S.* 1. *parte* 1. *num.* 4. *& q.* 15. *num.* 37. *&* 38. quæ recenſet *Gait. loco cit. ſub num.* 1300. *&* 1500. vbi *ſub num.* 1313. probat etiam hoc cambium locati eſſe licitum intrà fines eiuſdem Prouinciæ, puta de Neapoli ad Capuam, vel è contrà accedente tamen iuſtitia commutatiua, tàm ſi emptor priùs det, quàm recipiat pecuniam, vel è contrà, vt patet *n.* 1331. *verſ. qua noſtra receptiſſima vſque, & per tot. num.* 1339.

Cambium nundinale etiam eſſe licitum reale, vt iuſtum, et per omnes conſtitutiones approbatum, de cuius celebratione, et modis celebrandi videndum apud eundem *Gait. loco cit. à num.* 1434. *vſque ad finem*, vbi habebis etiam quando ſit licitum, cùm omnibus modis, quibus fit hic cambium, vide *D. Reg. Capyc. Latr. dicta deeiſ.* 106. *ſub num.* 47.

56 Siccum cambium dicitur illud, quod ex diametro reali cambio opponitur: cùm

cùm re ipsa non dicatur cambium, nempè quando Titius pecuniam Neapoli non habens mutuum à campsore, accipit post certum tempus illam restituendam, secundum quod valebit Venetijs, vel Lugduni *Reg. Tappia lib. 4. iuris Regni rubr. de cambio num. 9.* & dicitur in quo non abest saltim mutuum palliatum, & in hoc verificari potest Doctorum definitio, quod cambium sit mutuum, hoc est cambium siccum, quod tale dicitur, quia caret omni abbundantia realis cãbij, fingitur cambium: cùm verè sit mutuum, & sic humore caret lucri *Sot. de iustit. & iure lib. 6. q. 11. Lupus d. cap. nauiganti num. 53.*, & fuit à Regnis Hispanis damnatum *D. Reg. Latro decis. 506. num. 39.* de cuius speciebus habebis apud *Filiucium vsual. quaest. tomo 2. tract. 35. parte 2. tit. de camb. & censc. cap. 4. num. 349. & seq.* de quo cambio sicut sunt constituendae regulae, pro vt de mutuo, & de eius iustitia, & iniustitia vide *Gait. cap. 2. quaest. 2. per totum*, & de personis, quibus permittitur exercere cambium, vide eundem *d. art. 2. q. 5. per totum D. Reg. Latro loco cit. num. 40.* vbi dicit, quod cambium siccum diiudicatur etiam, ex qualitate personae cambium recipientis.

Restat vt de literis cambij aliquid dicemus etiam summatim, & dicuntur eae,
57 quae dantur pro pecunia soluta cambienti, & in Regno recognoscuntur per testes inibi subscriptos absque partis citatione *Nouar. super prag. 1. de lit. cambij collect. 1. num. 4. Ricc. decis. 64. parte 1. Paschal. de virib. patr. potest. parte 1. cap. 8. num. 72.*, quae ne reddantur inanes, sufficit publica acceptatio absque protestatione *D. Capyc. Latro d. decis. 106. num. 23.* & ad hoc, vt de eis constet ad nundinas transmissis, sufficit exhiberi earum registrum, maximè quando cum eo concurrit exhibitio literarum originalium, quas vocant *di ritorno*, vt in *decis. Rotae diuers. lib. 3. parte 3. cum alijs relatis à D. Capyc. Latro d. decis. 106. num. 53.*

58 Et ex hoc solet frequentèr quaeri, an scribens literas cambij sit eo ipso liberatus, si ille, cui diriguntur literae, eas acceptauerit, sed non soluit. Pro parte affirmatiua tenuerunt, *Genua de scriptura priuata lib. 3. tit. de lit. camby num. 75. Raud. decis. Pisana 4. num. 308. Mascard. de probat. concl. 989. num. 18. Foller. ad Marantam parte 6. membro 6. num. 46.* ea ratione moti, quia acceptatio de more mercatoris habetur loco solutionis pecuniae, & ideò liberat debitorem, & de consuetudine testatur *Afflict. decis. 353. Rota Gen. decis. 4. num. 9. & Rota Romana decis. 285. sub num. 3. diuers. Pereyra decis. Port. 126. num. 1. Odd. cons. 83. Benuenutus Stracca de decoct. parte 5. num. 5.*, & acceptata litera, siuè partita dicitur facta delegatio, & nouatio per fictionem per *text. in l. singularia ff. de reb. credit. & si cert. pet. at.* per quam vnus actus occultatur, & videtur facta numeratio per Mercatorem, vel campsorem acceptantem *Dec. cons. 206. & cons. seq. num. 2. Surd. cons. 528. num. 14. vol. 4. Socein. cons. 64. & cons. 68. lib. 3. Gabr. de nouat. concl. 1. num. 5. 6. 7. & 8. lib. 3. Hieronym. Gabr. cons. 155. lib. 1. Menoch. de praesumpt. lib. 3. praesumpt. 134. num. 10. & seq. Anna alleg. 89. num. 2. Barbosa in l. si cùm dotem num. 9. ff. solut. matr. Mantica de tacit. & amb. Conuenct. lib. 17. tit. 3. in fine.*

59 In contrarium, quod imò non liberetur scribens per acceptationem, tenuere *D. Praeses de Franch. decis. 303. D. Reg. Rouit. in d. pragm. 1. de lit. camby per text. in l. si literarum C. de solut.* dicens in Regno hanc practicari opinionem pro vt Genuae testatur illa *Rota decis. 2. sub. num. 40.*, & pluries pro hac decisione fuisse decisum per *Rotam Romanam* testatur *Scaccia de commercio, & cambio §. 2. gl. 5. num. 322.* ex quo acceptatio facta non est merces contractus intèr acceptãtem, & creditorem, cui facienda erat solutio, sed est pars contractus literarum cambij celebrati inter istum, & Mandantem nec creditor acceptationi acquiescit, nisi secuta numerali satisfactione: proinde cùm fides credituum liberat suum principalem debitorẽ arg. *text. §. vendita instit. de rer. diuis.* quam opinionem tanquam receptissimam sequuti fuere *Farinac. decis. 679. num. 6. tomo 2. Mastrill. decis. 221. num. 17. tomo 3. Pasch. d. cap. 8. num. 71. Marc. Ant. de Amato decis. 2. num. 11. & seq.* adeo vt sit in electione creditoris quem conuenire vellet, vt tenet etiam *Gait. loco cit. sub num.*

num. 2387. hanc eandem opinionem post multos alios Doctores sequtus fuit *D. Reg. Capyc. Latro consult.* 41. *sub num.* 3. *ad* 6. *vol.* 4.

60 Et rationes adductæ pro contraria opinione tàm circa nouationem, quàm circa satisfactionem, per acceptantem faciliter diluuntur, quando circa nouationem dicitur ea non fieri, sed exequitur idem contractus, nulla accedente nouatione, quæ nulla habere potest requisita, de quibus supra *tit.* 1. *cap.* 6. *num.* 31. *& seq.* nec considerari potest satisfactio, nisi reali subsecuta solutione, nàm debitor liberatur solutione, & non promissione eius, quod debetur *instit. quib. mod. tollit. oblig. in princ.* & hoc procedit nulla considerata differentia si in literis sit dictum, *ponete à mio conto ò sopra di voi a' vostri comi* secundum *Bursat. consf.* 39. *num.* 4. *&* 5. quem non benè intellexit testatur *Gait. loco cit. sub num.* 2391. *ad num.* 2395.

61 Quæ quidem recepta opinio vendicat etiam sibi locum contrà acceptantem quamuis decoxerit scribens, ex illa ratione, quia finita acceptatione vterq; dicitur obligatus, & proindè nocet si alter ex correis debendis decedat, quominùs efficaciter non remaneat superstes obligatus, *Præses de Franch. decis.* 303. cùm distinctione, tamèn prout in dicta decisione, quando scilicet decoctio scribentis superuenit post acceptationem literarum, secùs si tempore acceptationis, quo tempore scribens erat decoctus, vel mortuus, ignorante acceptante, tùnc enim acceptantem non teneri probat *Anna decis.* 82. *num.* 11. quem sequitur etiam *Paschal. d. cap.* 8. *num.* 70.

62 Et quod decisio *de Franchis* habeat locum etiam in hoc vltimo casu probat *Scaccia* §. 2. *gl.* 5. *num.* 329. dicentis, quod si decoctor post receptam fidem reputatur mortuus, verum decoctio non habilitat eum, quia alius possit pro eo soluere, & sic qui eius acceptauerit literas non excusatur, ex quo vel sciebat decoctionem, & tùnc dicitur voluisse, & potuit quod voluit, aut ignorabat, & tùnc sibi imputet, qui cùm eo contraxit, cuius conditionem non debebat ignorare *ad text. in l. qui cum alio, ff. de reg. iur.*

63 *Gaitus* conatur has duas opiniones conciliare *loco cit. sub num.* 4403. *vers. ego autem*, & quod opinio *Annę* conturbatur per rationes adductas per *Scacciam*, & opinio *Scaccię* debilitatur per suppositum *Annę* desumptum *in l. si cum Cornelius, ff. de solut.* ex quo desumitur reuocatum dici mandatum permutationem status, aut conditionis in deteriùs mandantis, & proindè adhibita distinctione, conciliat opiniones prædictas *Gait.* dicens, quod aut acceptans literas cambij ignorabat conditionem scribentis circa decoctionem, & tali in casu locum vendicat authoritas *Annę in d. cons.* 82. ex quo sic videtur limitari regula *d. l. qui cum alio per text. in l. si quis Patrem, ff. ad Maced.* quem probat *Dec. in d. l. qui cùm alio num.* 3. *vers. ista regula*, & iustè, & probabiliter ignorare in his terminis dicitur, quando scribens literas cambij reputebatur pro diuite, & bono correspondente, quia cùm eo negotiebatur communiter, realiter, & fideliter, & taliter tenebatur, & reputabatur in omni loco, et acceptans facta diligenti indagatione aliud perquirere non potuisset, vel secundo acceptans, iusta, et probabili ignorantia laborabat, et talis in eo non præcessisset, et tùnc dicit opinionem *Scaccię* omninò veram.

64 Tu dicas, quod quotiescumq; interuenerit iuxtà causa ignorãtiæ, scribentẽ literas cambii fuisse decoctum, vel mortuum ante acceptationem, non tenetur acceptans, *D. Præses Merlin. contr. forens. cap.* 11. *cent.* 2. vbi respondet ad contraria, & signanter ad illud, quod correspondentes per acceptationem efficiuntur fideiussores, quia id procedit, data decoctionis scientia, esset enim inuerisimile, præsumi, quem pro scribẽte se obligare, contrà quem recursum habere non poterit: cùm fideiussio trahi non possit ad eum casum, ad quem fideiussor verisimiliter se non obligaret *D. Reg. Capyc. Galeot. lib.* 1. *contr.* 32. *ex num.* 24. qui satis doctè satisfacit dictæ legi *qui cùm alio*, & hanc opinionem nouiter canonizatam *per S. R. C.* post omnes testatur *Constant. Cafora peregr. quæst. lib.* 1. *q.* 41. *per totam.*

65 Sic etiam dicendum, quando acceptatio

ptatio non obligaret acceptantem: nempè quando acceptatæ fuissent literæ, quas vocant *di auuiso*, quia licèt mercator eas sine contradictione acceptauerit, vel receperit; tamen non per hoc dicitur acceptasse literas cambij obligatorias, & sic non potest cogi ad soluendum, *Gama decis.* 335. *Scaccia d.* §. 2. *gl.* 5. *num.* 237. *folio meo* 570. *Mastrill. decis.* 221. *num.* 2. *& seq.* quidquid dicat *Anna alleg.* 89. sequitur *Antoninus de Amato dicta resol.* 47. *in fine*, idem erit si acceptans fuerit protestatus secundum *Scaccia loco cit. sub num.* 338. *&* 358.

66 Quid si fuerit immutata moneta, cuius periculo cedat talis immutatio, vide *Grat. discept. forens. cap.* 884. qui loquitur de immutatione facta in Regno *delle zannette*, vide *Thes. fol. de immut. monet. num.* 8. *Gizz. ad Capyc. Latro decis.* 48. *D. de Marin. obser. ad Reuert.* 156. *Boer. decis.* 327. *num.* 9. *Anna Robert. rer. iudicat cap.* 16. *lib.* 1.

67 Et an via executiua, quæ datur contra scribentem literas cambij detur etiam contra acceptantem, vide quæ singularitèr, & ingeniosè adnotauit *Cafora Peregr. quæst. lib.* 1. *cap.* 40. *sub num.* 4. & sic impositus est finis huic primo articulo ad laudem Dei benedicti, Beatæ Mariæ Virginis, omniumque Sanctorum



DE

DE
LOCATI, ET CONDVCTI,
VENDITI, ET PERMVTATI
SYMBOLICIS CONTRACTIBVS
TITVLVS SECVNDVS.

ARGVMENTVM.

Locati, & conducti contractus an symbolus cum empti, & venditi contractu, & quid quo ad Iustiniani constitutionem in l. 2. C. de rescind. vendit.

SVMMARIVM.

1 *Locati contractus non est longior à contractu emptionis.*

2 *Symbolum non datur nisi inter diuersos.*

3 *Dominium transfertur ex contractu venditionis, secùs ex contractu locationis.*

4 *Periculum rei venditæ ad emptorem spectat, secùs in locatione.*

5 *Vēditor rem traditam emptori, ampliùs ab eo auocare non potest, secùs in locatore.*

6 *Venditor quocumquè tempore rem venditam tradat emptori, liberatur, secus locator.*

7 *Seruitutes prediales vendi possunt, locari vero non possunt.*

8 *Venditor agere potest de euictione, facta denunciatione, secùs in locatore.*

9 *Emptio ità demum est perfecta, quando de re, & pratio conuentum est, sic locatio, quando de re, & mercede conclusum est.*

10 *Locatio, & venditio symbolizantur in solo consensu.*

11 *Actio, qua duplex oritur ex vendito, oritur ex locato.*

12 *Pretij in venditione, & mercedis in locatione eadem est natura.*

13 *Pretium & merces in tertij arbitrio relinqui potest.*

14 *Pretium quemadmodum pro forma requiritur in venditione, sic merces in locatione.*

15 *Euictio est symbola in contractu venditionis, & locationis.*

16 *Emptor quemadmodum possit rem emptam alteri vendere, sic locator potest rem locatam alteri locare, & quomodo.*

17 *Emptio & locatio sunt symbolę in certo pretio, & mercede respectiuè.*

19 *Emptio & locatio sunt symbolę, vt fieri non possint ex causa donationis.*

20 *Emptio quemadmodum rescindi potest ex capite enormissimę lęsionis, sic etiàm locatio, sed de veritate num. 21. vsque ad num. 30.*

22 *Cagnolus in l. 2. C. de rescind. vendit. reprobatur.*

23 *Futura quę sunt, in pręsenti esse non possunt.*

24 *Locator multos conductores inuenire potest, venditor vero paucos emptores.*

25 *Lęsio an considerari possit secundum cōsuetudinem locandi.*

26 *Lęsio in venditione est secundum regulas iuris, in locatione verò est contrà regulas iuris.*

27 *Thori decisio in verbo locationis contractus parte prima refellitur.*

28 *Remissio quando sit facienda in locatione remissiuè.*

V CAP.

CAP. I.

1 MAgnum esse intèr contractum emptionis, & locationis symbolum, probant *text. in l. 2. in princ. instit. eod. tit. in princ.* adnotarunt *Mangil. de euict. quaest. 199. in princ. Mantica de tacit. & ambig. lib. 5. tit. 1. similiter in princ. Ioan. Barber. Viat. iur. parte 2. de locato in princ.*

2 Et quia vt pluries probauimus symbolum dari non potest, nisi intèr diuersos contractus, alias essent ij synonomi, veniet propterea in primis dignoscendum, in quo sint diuersi, locati, & venditi contractus, vt possimus postmodum intèr eos constituere symbolum.

3 Et proinde differunt primo cōtractus locati, & vendiri, quia ex contractu venditionis dominium transfertur *l. clauibus ff. de contrah. empt. §. vendita instit. de rer. diuis.* ex locati vero contractu secus *l. non solet ff. locat. l. cùm manu §. fin. ff. de contrah. empt.* vnde quotiès, in venditione id agitur, vt in emptorem dominium directum non trasferatur, non dicetur esse contractus venditionis, sed potiùs locationis, vel emphytheusis, vt probat *gl. in l. cùm manu sata. §. fin. ff. de contrah. empt.* & è contra quoties in contractu id expresse tractatur, vt in alterum contrahentem ab vno dominium transferatur, dicetur proculdubio emptio, & venditio; arguendo à contrario sensu, quod est validissimum in iure *l. 1. §. huius rei ff. de offic. eius*, & notant scribentes *in l. conuenticula C. de episc. & cleric.*, *& in cap. cùm apostolica de ijs, quae fiunt à pralat. sine cons. capit. & in cap. cùm virum in verbo à contrario ff. de reg. iur.* effectus enim naturalis est emptionis, & venditionis, vt omne dominium, quod venditor habet transferatur, soluto praetio, in emptorem *d. §. vendita, & in l. necessario ff. de peric. & commod. rei vend. & in d. l. cum manu sata*, per quem effectum naturalē, tanquàm specifica differentia, differunt contractus emptionis, & venditionis, à locatione, & emphytheusi, quarum naturalis effectus est, vt in primo totum dominium remaneat penes locantem, & in secundo saltim directum *l. 1 ff. si ager. vect. & tot. tit. de iure emphyth.* ideo à quo remouetur naturalis tanquam propria, remouetur species *Bald. in d. §. fin.*

4 Secundo differunt quia periculum deteriorationis aut interitus rei ad emptorem spectat *l. 1. §. cùm autem ff. de vendit. l. necessario ff. de peric., & commod. rei vend.* in conductione vero non ad conductorem, sed ad locatorem spectat *l. item quaeritur §. exercitu l. ex conducto. §. si vis ff. loc. l. 1. C. de locato, & conducto*, ibi, *Dominus horreorum periculum uis maioris; vel effracturam latronum conductori praestare non cogitur, tametsi, cessantibus ijs, periculum sit conductoris*, vt in *d. l. 1.* ibi, *His cessantibus si quidem extrinsecùs ex depositis rebus, illaesis horreis, perierit; damnum depositarum rerum resarcire debet*, & quomodo hoc intelligatur, suo dicemus loco.

5 Tertio differunt, quia venditor postquam rem venditam tradidit, amplius ius auocandi rem ab emprore non habet *l. quia cùm fundum ff. de in rem verso*, nisi fidem de praetio non habuerit *l. procuratoris §. fin. ff. de trib.* & hinc est, quod perfecta venditione cùm rei traditione, & praetij solutione, non possunt amplius contrahentes se poenitere, & retrahere à venditione in praeiudicium habentis ius retractus *Caput. ad Rend. in tract. de iure proth. verbo alienare in fine folio meo 40.* quicquid dicat *D. Blasius Altimarus obseruat. 24. sub num. 15. ad decis. D. Reg. Rouit.*, quia tùnc non dicetur amplius paenitere, sed denuo contrahere, pro vt de eo, qui fecit pactum de non petendo, & postmodum aliud pactum de petendo, quia illud nouum pactum non prebet ansam paenitentiae, sed est prorsus nous contractus ex doctrina *Bald. in tract. de pact.* secus si res esset integra, quia tùnc possent bene contrahentes ex communi consensu recedere à contractu, & tali in casu benè vendicaret locum opinio, quae defenditur *à D. Altimare*, vt scilicet seruetur aequalitas intèr contrahentes, quemadmodum retrahere volens, re integra, possit se paenitere in quacumque iudicij parte, iuxtà decisa *apud D. de Franch. decis. 346. sequutum à D. Rouito decis. 24. num. 15.* faciunt tradita per eundem *D. Rouit. decis.*

cif. 7. sub num. 11. in fine: locator vero sepe à conductore vendicat rem locatam *l. ede 4. C. locati*, ibi, *AEde, quam te conductam habere dicis si pensionem domino insolidum soluisti, inuitam te expelli nō oportet: nisi proprijs vsibus dominus eam necessariam esse probauerit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versata es*, & quomodo hoc intelligendum similitèr suo dicemus loco.

6 Quarto differunt, quia venditor, quocumque tempore rem tradat, ab obligatione liberatur, locator verò alio quàm conuento tempore non liberatur, quia alia locatio est, arg. *l. vsusfruct. ff. de vsufr. leg.* cùm locatore verò sepe agi potest, vt res tradatur, nempè quoties ea re vti non licet *l. si quis dominum, et l. ex conducto ff. locati*.

7 Quinto differunt, quia seruitutes prædiales vendi possunt *l. si aqua ductus ff. de contrah. empt.* locari vero non possunt *l. locare ff. eod. tit. locat.* mixtæ vero locantur, & vsusfructus *l. arboribus ff. de vsufr. dempto vsu*, qui personæ adhæreret *Petrus Gregor. Tholos. syntagm. iur. ciuil. vniu. lib. 27. cap. primo sub num. 3.*

8 Sexto differunt, quia locator agere potest de euictione etiàm nulla facta denunciatione *Ruin. cons. 77. uers. non obstat lib. 3.* venditor vero indiget denunciatione; & agitur de euictione ex noua causa, in locato vero ex veteri causa *Caroc. de locato, et conducto. §. euictio nu. 27. Mang. d. quæst. 149. sub num. 29.*

9 Symbolizatur nùnc verò contractus locationis cum venditione. primo, ex quo quemadmodum emptio, & venditio tùnc est perfecta, quando simul re, & prætio conuentum est, ex eiusdem contractus substantia, quæ rei, & prætij perficitur conuentione, vt pluriès suprà probauimus, ità locatio, & conductio tùnc perficitur, & actionem parit, quando de mercede conuentum est *l. 1. ff. loc. l. 2. ff. de oblig. et act.*, patet insupèr ex sua diffinitione, quia locatio, & ideo etiam conductio est personæ, vel rei ad vsum facta concessio certa mercede in pecunia numerata constituta, vt tradit *Azor. in summa C. eod.* quamplurimi alij diffinitionem istam comprobarunt, de quibus apud *Alber. in rubr. ff. eod. tit.* vel est conuentio nominata, in qua personarum, vel rerum vsus pro certa mercede ad tempus conceditur, vt refert *Pycard. consti. in rubr. eod. tit. num. 9. et seq.* vel succintiùs, est vsus rerum, vel operum mediante mercede certa ex cōsensu concessio *Petrus Gregor. Thol. syntagm. iur. ciuil. uniu. lib. 27. cap. 1. sub num. 3.* quod & repetit *in pract. iur. canon. tit. 16. cap. 1. lit. E. in fine.*

10 Symbolizantur secundo ratione naturæ, & omnium gentium, vti patet in *d. l. 1. et l. iurisgentium ff. de pact.*, quod intellige respectu sollemnitatis verborum: nàm sicuti emptio, & venditio rei interuentu non indiget, sed solo consensu perficitur, sic & locatio *l. insolam §. ult. ff. eod. l. consensu ff. de obligat.*, & vt cùm concordantibus apud *Manticam loco cit. sub nu. 4.* & in hoc differt à commodato, & deposito, licet sint contractus naturales *l. ex hoc iure ff. de iust. & iure l. iurisgentium ff. de pact.* tamèn solo consensu non perficiuntur, sed rei interuentum desiderant *d. l. itèm is cui. §. pretium instit. quib. mod. re contrah. oblig.*

11 Symbolizantur tertio, quia quemadmodum ex contractu venditionis, & emptionis duplex oritur actio, empti scilicet, & venditi, illa quæ emptori, ista quæ venditori competit *§. pretium instit. de empt. & uendit. tot. tit. ff. & C. de act. empt.* itèm ex locatione duplex oritur actio vna ex locato, quæ locatori, altera ex conducto quæ conductori impartitur *tot. tit. ff. & C. locati*, vtraque est nominata, iurisgentium, & bonæ fidei *§. actionum instit. de act. Carpan. adstat Mediol. cap. 374. num. 19. uol. 2.*

12 Symbolizātur quarto quia sicuti pretium in venditione potest vnica vice conueniri, vt *in d. §. pretium*, sic etiam in locatione merces; iam nihil refert ad locationis naturam, an per singulos annos an semel repræsentata pecunia merces soluatur *l. ea lege §. locati, ff. locati*, & in hoc symbola est etiam locatio cum permutatione ad punctualem *textum in l. ea lege rebus 8. C. de rer. permut.* ibi, *ea lege rebus donatis Candido, ut quod placuerat, menstruum sed annuum tibi præstaret, cùm huiusmodi conuentio non nudi pacti nomine censeatur, sed rebus pro-*

prys, dictę legis substantia muniatur ad implendum placitum (sicut postulas) præscriptis uerbis tibi competit actio, notat *gl. in uerbo substantia, idest ipsa lex rebus proprys rei traditione muniatur*, quod proprium est permutationis, vt plenè diximus in præcedenti titulo.

13 Symbolizantur quinto, quia sicuti in contractu venditionis, quamuis in arbitrio contrahentis pretium relinqui non possit, *Pinellus de rescind. uendit. parte 2. num. 20. in rubr. Grat. discept. for. cap. 500.* potest verò in arbitrio certæ, & determinatæ personæ, *l. fin. C. de contrah. empt. d. §. pretium*, sic de mercede locationis affirmatur, *l. si merces in princ. ff. eod.* & dicetur tunc perfectus contractus post pretij declarationem *D. Reg. Rouit. decis. 24. num. 15. 12. & 13.*

14 Symbolizantur sexto, quia quemadmodum emptio, et venditio requirunt pro forma certam quantitatem pecuniæ conuentæ pro pretio, vt *in d. §. pretium*, sic etiam locatio requirit mercedem, de qua conuenit in certa pecunia, *l. 2. in princ. cum gl. ff. eod. l. naturalis, §. & cum do, ff. de præscript. verb. & in l. sicut certo, §. nunc videndum*, et ibi *gl. in verbo merces, ff. commod. & gl. in l. si olei, ff. loc. & conduct.*

15 Symbolizatur septimo, quia quemadmodum in emptione, et locatione habet locum euictio, *l. ex empto in princ. ff. de act. empt.* sic etiam in locatione, vt diximus supra *sub num. 8. ex Carosio in dicto tract. in §. euictio in princ.*

16 Symbolizatur octauo, vt quemadmodum emptor potest rem emptam alteri vendere sic etiam potest locator rem locatam alteri locare, *l. nemo prohibetur, C. de loc. & conduct.* ibi, *Nemo prohibetur rem, quam conduxit fruendam alij locare, si nihil aliud conuenit, l. si moschis, §. fin. ff. de iure fisci*, æque tamen idoneo, *l. aquissimum, §. fin. & l. si quid §. mancipiorum, ff. de vsufructu, l. non aliter, ff. de usufructu.*

Sed insurgit hoc in octauo symbolo difficultas an scilicet sublocatio habeat eundem priuilegium locationis, vt scilicet locator possit experiri contrà subcõductorem pro eadem mercede, qua ipse primo conductori rem locauerat, verbi gratia, Titius locauit domum suam Caio pro mercede decem ducatorum, Caius locauit eam Sempronio pro mercede quinque ducatorum, & inuexit, intulitq; sua bona in domum locatam, an bona illa inuecta, & illata in domum locatam sint obligata Tirio pro decem, an tantum pro quinque.

Regula enim est, quod bona inuecta, & illata in domum locatã censentur tacitè obligata pro tota domus locatæ mercede, siuè pensione, *Pacific. de Saluiano interdicto inspect. 3. cap. 5. nu. 3. & seq. Grat. discept. forens. cap. 68. D. Cardinal. de Iudic. siue disput. iur. lib. 1. disput. 29. n. 19. Molfes. super consuet. Neap. parte 4. qu. 31. num. 2. & num. 6. Rodriq. de priuil. & concursu credit art. 8. in princ. tit. de priuil. Domini, in fructibus coloni, & in rebus inquilini*, & nos infra suo dicemus peculiari loco. Verùm hæc regula inter præcipuas limitationes, quas in se recipit, de quibus etiam suo loco ea est, vt bona secundi conductoris non cẽseantur obligata, nisi pro mercede, & pensione illa, quam conuenit cum primo conductore, nõ verò pro ea, quam primus conductor conuenit cum locatore, vt probatur *in l. solutum, §. solutum, ff. de pign. act. vbi per gl. & Bocae. Iac. Butr. Alber. alijque quamplurimi*, de quibus apud *D. Reg. Rouit. decis. 23. sub num. 1. ad 4.* qui non probat ex ratione naturali *sub n. 5. vers. quod si iura*, dicens, quod si iura, & authoritates Doctorum deficerent hoc in puncto, non tamen deesset ratio naturalis, ex quo tacita illa hypotheca inuectorum, & illatorum per secundum conductorem non ex alio originem traxit, nisi ex tacito cõsensu ipsiusmet conductoris, qui inferendo bona sua, censetur ea obligare domino domus pro pensione, ex consuetudine primo Romæ introducta, ex frequentatione huiusmodi contractus locationis, & posteà ad nouam Romam, siuè Cõstantinopolim, & demùm ad omnes Prouincias prorogatam *per text. in l. fin. C. ex quib. caus. pignus, vel hypotheca tacit. contrah.* secundum quod dixerit etiam *Fab. de err. pragm. par. 3. decade 60. err. 9. & 10. Cuiac. ad l. 5. C. loc. Balduin. de pignor. cap. 6.* atqui consensus secundi conductoris expressus est pro pensione à se cum primo conductore conuenta, non est igitur

vc-

verisimile, vt extendatur tacitè ad quod expresſè non conſenſit, vt *in d.§.Inſulam.* & ſecundum eiuſmodi principia fuiſſe decisum per Sacrum Conſilium teſtatur ipſe in fine dictæ decis. meminit etiam *Thor. compend. decis. Regni parte 2. verbo ſub conductor*, quod adeò verum eſt, quod ſi conductor ſecundus ſoluerit primo conductori liberatur *Rugim. Pract. quæſt. cap. 33. Acoſta de nat. rat. quæſt. 18. num. 17. Caroc. de locato par. 5. quæſt. 3. tit. de inuect.* & ſoluendo locatori, debet locator cauere ſub conductori de illũ extrahendo indemnem, & illæſum à primo conductore, & quod ab illo non inquietabitur pro dicta penſione poſt *Caroc. & Molfeſ.* quos citat *D. Altimarus* probat ipſe *obſeruat. ad dictam deciſionem 23. in fine.*

17 Symbolizantur nono, quia quemadmodum emptio, & venditio eſt contractus vltra, citroq; obligatorius, *l. labeo, §. contractum, ff. de verb. oblig.* ſic etiam locatio, *l. iuriſgentium in princ. ff. de pact. Mantica loco cit. in fine.*

18 Symbolizantur decimo, quia quemadmodum emptio, & venditio debet cõtinere certum pretium in pecunia numerata, aliàs non eſſet contractus venditionis, ſed permutationis, vt *in l. dedi tibi pecuniam, ff. de condict. cauſ. dat.* vel nulla eſſet venditio ſi de certo pretio non eſſet diffinitum, ſic etiam locatio, vt probatur *in l. decem, ff. locati*, vbi ſi quis tibi fundum locauerit decem nummis, tu autem exiſtimes quinque te conducere, nulla intelligitur locatio, quæ te nocere poteſt, ſed ſi ille minoris te locare crediderit, tu enim pluris te conducere exiſtimes, cùm pluris erit conductio, quam ille fuerit arbitratus, & ſic etiam non eſt locatio, ſed contractus innominatus quando certa merces non eſt conſtituta, *Iaſ. in l. naturalis, §. ſed ſi facio num. 3. ff. de praeſcript. verb.*

19 Symbolizantur vndecimo, quod ſicuti venditio fieri non poteſt ex cauſa donationis, *l. cùm venditione, l. ſi quis donationis, ff. de contrah. donat.* ſic etiam non poteſt locatio, *l. ſicut emptio, ff. locat.*

20 Symbolizatur duodecimo, quod ſicuti venditio reſcindi poteſt remedio, *l. 2. C. de reſcind. vendit.* quando ſcilicet intercedit læſio vltra dimidiũ iuſti pretij vt pluries ſupradiximus, ſic etiam locatio, *Caroc. de loc. verſ. ſimilitudo locationis in princ. Horatius Carpanus loco cit. ſub n. 20. D. Reg. de Ponte conſ. 138.* & hanc eſſe communem opinionem probat longiſſima Doctorum remiſſione, *Anton. de Amato var. reſolut. cap. 68. lib. 2.*

Planè nunquàm placuit hoc pragmaticorum ſymbolum *Doctiſſimo Antonio Fabro*, vt ipſe teſtatur *in tract. de error.*
21 *pragm. decade 8. err. 8.* ex eo, quia Iuſtiniani conſtitutio nunquàm accomodari poteſt locatori, quãdo locatur de emptore dumtaxàt, quantumcumque locatio, & venditio ſint ſymbolæ: cùm penſio illa, & merces in locatione nullo alio modo, quàm ex fructuum conſtitui poſſit: Fructuumq; percipiendorum, non tamẽ modus, ſed & valor incertus eſt, *l. ſi ea lege, l. oleo, C. de vſur.* & proindè quotannis facta locatio non poteſt conſequi remiſſionem mercedis ex caſu inopinato: niſi toto locationis circulo in tempore factę, expectato, vt ſciatur an vnius anni ſterilitas, cùm alterius pinguedine compenſari valeat, *l. ex conducto, l. Papinianus aliàs l. ſi vno anno, ff. locati, l. licèt certis annis, C. eod.* ſi ergo expectandum eſt, quod eſt in principio incertum ex cauſa immodicæ leſionis: cùm læſio, quæ locum aperire poteſt beneficio Iuſtinianeę conſtitutionis, ex eo præſertim tempore exiſtimanda ſit, quo contractum fuit, non quod ſubſecutum eſt ad *text. in l. ſi voluntate, C. de reſcind. vendit.* quomodo ergo fieri poteſt, vt conductor ſe immodicè læſum dicat, & probet, quantumcumq; mercede locauerit, priuſquam non aduenerint locationis tempora.

22 Et licèt *Cagnolus in l. 2. C. de reſcind. vendit.* dicat, quod etiam dubij euentus ſpes, & prouentus pedagij, & fructuum poſſunt deduci in locatione, habito reſpectu ad ſpem, & quanti veriſimilitèr venderetur dubius euentus, cuius ſpei reſpectu conſtitui deberet prætium, non reſpectu eius, quod poſteà eueniret, *l. nomina, ff. de hæred. & act. vendit. l. ſi iactum, ff. de act. empt.* ibi, *incertum huius rei æſtimandum eſt, vbi gl.* extimabitur, quantum eſſet veriſimile, quod eſſet captum inſpiciendo, quod fieri ſolet *Roman. conſ. 423. in princ.* vbi tenet, quod iuxtà penſio rei loca-

locatæ illa dicitur, quæ collecta in viginti annis continet rei iustam æstimationem, §. *si uerò in auth. de non alien.* & idem voluit *in cons.396.sub n.16.Mangil. de subhast.quæst.41.sub num.2.*

23 Tamen non obstat eiusmodi dubij æstimatio, quia, & si iusta opinionis æstimationem pro iusta haberetur: verùm certa nullatenùs esse possit, quin ex aliqua opinione, quod futurum est nullatenus de præsenti apparere potest quantum sit, *l.ubi autem, ff. de uerb.oblig.* cùm fieri possit eodem principio, quo conductum est, esse damnum, & lucrum iuxtà temporum accidentia, ex quibus nulla certa, nec iusta merces regulari potest, propter quàm læsio possit ex æquo videri, & succurri remedio dictæ constitutionis, quid si fundum non locasset, pedagium, vel ictum retis, possit à principio locator certos fructus, emolumenta, & captum percipere, incertum omninò est, & in hoc manifestissimum est discrimen inter venditorem rei immobilis, & locatorem, res quippè immobilis, quæ vẽditur, et præsens est, et præsentem habet existimationem, et certam, et consequẽtèr in præsentiarum cognosci potest, si intercesserit læsio, nec, ne, fructus verò rei locatæ quantumcumque spe vberrimi, et quamplurimos emptores nacturi, possunt, re ipsa, et ex euentu, tàm parui esse, vt etiam si duobus obelis conducti essent, conductor tamen in damnum incideret, iuxtà eorum extimationem conuenta merces superaret, et proindè retorquetur instantia æquitatis, contractuum nõ ex euentu, sed potiùs ex initio æstimandæ, præsertim cùm quæritur cui subueniendum: cùm hæc æquitas fuerit ad rescindendum introducta miserationis causa, quam necessitas rei familiaris solet plerumq; exigere, ad venditionem carissimo prætio faciendam, quæ nõ sic enixa considerari potest in locatione, in qua multo minùs damni, et incommodi, quàm in venditione adesse potest, et non sic de facili pro re incerti, et temporalis prejudicij rescindendum esse bonæ fidei contractum.

24 Prætereà quantumcumq; locator prematur ærumna rei familiaris, conductores multos inuenire potest: at venditores, nisi per paucos proptèr periculum, quod vltra maius est grauius damni incurrendi si ab egeno quis fundum emit, quàm si conducat, quia nec merces solui ex conductione solet, nisi quãdiù, et quatenùs cõductori frui licèr, pretium verò ex causa venditionis statim solui debet, si nõ statim immineret periculum euictionis, quantumcumque pauper sit is, qui vendidit, *l.si post perfectam, C.de euict.* Vndè, cùm in hoc possit locator succurri iuxtà regulam remissionis secundum *Boss.tit.de remiss. Capyc.decis.88. in princ.* debet proculdubio per eas regulas locatio pertransire, non per quas pertransit venditio, *Bald.in l.2.col.4. uers.huic accidit, C.de rescind. uendit.* & ibi *Pontellcon. Cremens.num.100. Ruin.cons.35. num.34. lib.1.Guid.Papa decis.157.* probat *Menoch. cons.845. in fine, Petrus Gregor. Tholos. Syntagm. iur. ciuil. Vniu. lib. 46. cap. 1. num.15.& seq.*

26 Nec obstat, quod dicit *Roman.loco cit.* quod læsio considerari potest secundum consuetudinem locandi, quia fundus, vel corpus, ex quibus percipiuntur fructus non semper vniformantur: cùm quibusdam annis possint reddi multi minoris, et quibusdam anni multi maioris quantitatis: sic ratione augumenti ipsius fundi, vt puta de recenti meliorati, sic etiam temporis, in quo maiores sunt locationes, quàm in altero, & fructus maioris esse possunt æstimationis vnius anni, quàm alterius, vt patet apud omnes nationes, & probat *Fontanella decis. cath. 62.num. 6. vol.1.* ergo nulla etiam certitudo dari potest secundum solitum, & consuetum excogitatum à *Romano*, quanto tutior erit regula, vt expectetur exitus pro obtinenda remissione dumtaxàt.

26 Nec obstat symbolum venditionis, & locationis circa easdem regulas *d. l. 2. ff. eod.* quia venditori vltrà dimidium iusti prætij læso succurritur, non secundum iuris regulas, sed benè contra eiusdem regulas, ex Imperatoris beneficio, qui de venditione, non autem de locatione locutus fuit, remanendo locationis beneficium in iuris regulis, scilicèt in remissione conductori competenti in sua ex tempore cognita læsione.

27 Ex

27 Ex quibus attentis, redditur dubia decisio *S.R.C. relata per Thor. compend. decis. Regni par. 1. verbo locationis contractus*, in qua secundum vulgares regulas fuit decisum esse locum rescissioni contractus locationis, nisi velimus eam defendere in casu notorio, cuius erit exẽplum *apud D. de Ponte d. cons. 158. sub n. 6.* vel (vt magis probo) finita locatione, secundum *Amatum Siculum loco cit.*

28 Et quomodo sit facienda remissio in casu nostræ recipiendæ magis opinionis, vide *Couar. pract. quæst. cap. 30.* & quomodo probanda sterilitas, quæ est in causa eiusmodi relatę quæstionis, cùm in vbertate, & pinguedine non sit, de quo conquæri possit conductor, *videndus Acatius Ripoll. var. resolut. cap. 22. sub num. 221.* & nos suo loco fusiùs dicemus.

29 Symbolizantur decimortertio locatio, & venditio, quod sicuti emptio sub conditione fieri potest, vt actenus supra diximus, sic etiam, & locatio, *l. sicut emptio, ff. locati.*

30 Symbolizatur decimoquarto, & vltimo pro nùnc, quia quemadmodùm in emendo, & vendendo naturalitèr concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris emere, & ità inuicem se decipere, *l. in causa, §. idem Pomponius, ff. de minoribus, ità in locatione, l. itẽ si pratio, §. fin. ff. locati*, & proindè locatio non rescinditur protextu minoris prætij, *l. & ideò, ff. locati*, etiam quod alius maiorem mercedem afferat *Petrus Gregor. Thol. Spart. Iur. canrn. lib. 3. de locat. tit. 16. lit. C.* exceptis suprapositis casibus in emptione, & vendirione remedij *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* & in locatione remedij remissionis, expectato suo tempore ad illam cognoscendam secundum regulas vtriusque contractus, venditionis scilicet, si dignoscatur læsio in principio contractus, locarionis autem in fine eiusdem consumationis, vt supra actenùs probauimus.

ARGVMENTVM.

Locationis contractus cùm quo alio contractu sit symbolus ratione mercedis non iustæ constitutæ; excutitur Antynomia, *text. in l. conuenerit 23. ff. communi diuidendo*, & *text. in l. distinctio, §. fin. ff. locati.*

SVMMARIVM.

1 *Merces in pecunia numerata est de essentia contractus locationis, aliàs esset contractus innominatus, & agendum præscriptis verbis.*

2 *Conducens hominem operarium in suam vineam, cui promisit dare quod iustum erit, an contrahat locationem.*

3 *Merces incerta non dicitur, quæ iuxtà consuetudinem taxatur.*

4 *Mercedis existimatio iuxtà consuetudinem quomodo probanda.*

5 *Habitans vnus ex socijs domum communem, altero socio absente, vel dissimulante, an teneatur soluere mercedem consocio partis eiusdem.*

6 *Socius qui vtitur re communi ad vsum destinatum, an teneatur alteri socio.*

7 *Piscator præueniens in mare, vel flumine causa piscandi, an possit impedire alios piscatores ne piscantur in loco ab ipso praeoccupato.*

8 *Emens ius pedagij per decennium, an dicatur locare, vel emere, & quæ ex ista inuestigatione exinde resultat.*

9 *Pedagium, siuè ius passus, an exigi possit pluribus in territorij locis remissiuè.*

10 *Conuentio facta vt pro certo prætio, quid alicui tradatur, emptio, & venditio est.*

11 *Conuentio facta vt pro certo prætio non transferatur dominium locatio est.*

12 *Conuentio facta vt pro certo prætio aliquid fiat, & det, in quo genere contractus esse dicatur, & quid è contrà in eo, qui recipit pecuniam promittet aliquid dandi, vel faciendi.*

13 *Ne-*

13 *Nemus concessum ad longum tempus, puta ad annos decem, & octo, an faciat emptionem, vel maius locationem.*

14 *Pecunia solui promissa annuatim vsque ad certum definitum tempus, an sit in locationis, vel venditionis contractu, & an sit in eo locus remissioni, & n.15.*

16 *Locatio facta alicuius fundi pro certa quantitate, puta, olei, uini, & similium, an sit uera locatio.*

17 *Text. in l. si olei, C. locati ponderatio.*

18 *Text. in l. licet, C. locati discussio.*

19 *Text. in l. si merces, §. uis maior, ff. locati notatur.*

20 *Text. in l. hac distinctio, §. fin. ff. locati quomodo excipiendus.*

21 *Merces dicitur à merendo.*

22 *Contractus, ne sit incertus, quomodo explicandus.*

23 *Text. in l. si conuenerit, ff. commun. diuid. & l. hæc distinctio, §. fin. ff. locati notatur, & num. 24. & 25. Antynomia conciliatur sub num. 26.*

27 *Colonus, uel conductor non ualet aliquid facere in fundo conducto, per quod finita conductione possit nocere successori.*

28 *Colonus debet dimittere fundum eo in statu, in quo habuit tempore conditionis.*

29 *Conductor antiquus non potest fundum exfructuare in Domini, uel successoris præiudicium.*

30 *Colonus debet seminare unam partem fundi in uno, & alteram in altero anno.*

31 *Colonus non potest restipulari terram sibi conductam in præiudicium successoris.*

32 *Fructuarius non potest immaturos fructus recolligere in præiudicium Domini.*

33 *Conductor gabellæ quando possit in præiudicium successoris alterare mercedem.*

34 *Conductor uineæ debet bene putare uineam, ne fiat damnum Domino uineæ.*

35 *Officialis in fine officij non potest cassare querelas in præiudicium successoris.*

36 *Hæres Prælati uidens Prælatum moriturum, non potest immaturos colligere fructus in præiudicium successoris.*

37 *Locationis in contractu non datur locus pænitentiæ.*

38 *Locationis in contractu fit remissio mercedis in casu suo, in contractu verò innominato secus.*

39 *Certa quantitas, si singula quoquo anno præstetur, non erit locus remissioni, quod intellige etiam de eo, qui præstat certam quotam fructuum num. 40.*

CAP. II.

1 PRospeximus in præcedenti capitulo, certam mercedem in pecunia numerata esse debere de substantia contractus locationis, qua non constituta non erit ampliùs locatio, sed contractus innominatus, & præscriptis verbis agendum proculdubio veniet, vt *in l. si tibi polienda, ff. de prescript. verb. Ceph. cons. 740. num. 4. col. 5.* vel actione in factum, *l. quoties, ff. eod. Azor. in summ. C. de locat. & conduct. in princ. Ruin. cons. 78. num. 5. lib. 1. Castr in cons. 364. num. 2. vers. 3. queritur lib. Mantica de tacit. dicto lib. 5. tit. 2. sub num. 4. Piccard. in §. qua de causa instit. tit. cod. in princ.*

2 Proindè si quis hominem operarium ad laberandum in sua vinea conduxerat, eique dixerit dabo tibi, quod iustum fuerit, non dicitur locatio, quia certa merces non est constituta, sed est contractus innominatus, & quod similibus personis præstare consueuit solui debet, *Ias. in d. l. naturalis, §. sed si facio in 3. ff. de prescript. verb.* & si fuerit promissum, quod cæteris soluitur, & variè soluatur, quod minùs est, soluetur, *Dyn. in l. qui concubinam, §. cùm ità legatum, ff. de legat. 3. Guid. Papa in cons. 252. promisi dare, Nacta in cons. 229. num. 2.* quos citat, & sequitur *Mantica loco cit. sub num. 3.*

3 Aduersus prædicta vrgent in contrarium relata per *Caroeium de locato par. 1. q. 3. rubr. de mercede consuetudinaria,* quoniam non potest dici incerta merces, quę iuxta consuetudinem constituitur, ex qua posteà certificatur *arg. l. certum, ff. si cert. petat.* & explicauit idem *Mantica in loco cit. sub num. 5. in uers. potest tamen dici,* & voluit *Piccard. in d. §. qua de re uers. neq; contrarium sub n. 6. & Carpan. d. cap. 379.*

4 *sub num. 18.* vbi dicit, quod tacita locatio debet probari ex consuetudine, duobus cōcurrentibus præsumptionibus, de personis, & rebus, & ex ista consuetudine habuit fundamentum decisio, de qua apud *Thor. compend. decis. Regni parte 1. in uerbo salarium famuli.*

Et

Et sic quando cessat præsumptio ex consuetudine locationis rei, & personæ, non erit locatio, nempè si quis habitauerit domum alterius, eo sciente, & patiente, nulla mercede constituta: tùnc enim licet agi possit condictione sine causa, ad id quanti is, qui habitauerit esset conducturus domum, secundum *Bart. in l.in summa, §.& sic, ff. de condict. indeb. & Crem. sing. 160. & Dec. cons. 62. num. 2. in fine, & Socc. Iun. cons. 407. num. 1.* nisi ex præcedentibus pensionibus de certa locatione constare possit, secundum *Manticam loco cit.*

5 Si verò vnus ex socijs domum communem habitauerit, altero socio absente, & dissimulante, est quæstio, vtrum habitans teneatur soluere mercedem socio non habitanti, & vna opinio est affirmatiua *per text. in l. si quis putans, §. fin. autem, ff. commun. diuid.* ex potissima ratione, quia pro illa rata deficit bona fides, proindè fructus non lucratur possessor, *l. fructus vbi gl. l. ex diuerso, ff. de rei vend. l. certum, C. eod. cap. grani de restit. spoliat.* & hanc opinionem tutati sunt, *Ias. in l. 1. num. 7. C. qui testam. fac. poss. Ronchegallus ad eandem legem num. 127. ff. de diuers. reis.*

Sed in contrarium currit communis opinio, prout probat *Caroc. dicto tract. parte 2. toto tit. de locata habitatione,* pluribus scilicet rationibus. Prima, quia habitans censetur vti iure suo, *l. merito, ff. pro socio.* Secunda, quia ille non est
6 actus obligatorius, qui non potest explicari in parte vnius, quin non geratur ex parte alterius, *Addit. ad Bart. in l. duo fratres, ff. de acq. hered.* & Tertia, quia quando vnus ex socijs vtitur re communi ad vsum destinatum, alius sibi debet imputare, qui non vtitur ex parte sua, nec vsus est diuiduus, nisi diuidatur res, *l. Sabinus, ff. com. diuid.* & sic vsus, furni, Battinerij, Molendini, Torcularis, & similium, tanquàm indiuiduus secundum *Par. ad. rer. quotid. lib. 1. cap. 6. sub num 10.* potest in solidum possideri, & imputatur ei, qui nō vtitur: dummodò non sint solita locari, & ab eis percipi fructus, & pensiones soliti diuidendi, diuidendæque inter socios, & explicat *text. in d. l. si quis putans, §. fin autem, ff. commun. diuid. Ioannes Baptista Costa de ratione rat. quæst. 55. sub num. 4. uers. difficultatem,* & ad tradita *per Manticam loco cit. sub num. 7. & 8.* & tùnc dicentur solita locari, quando vnus ex socijs domum conduxerit ad effectum, vt quis teneatur soluere pensionem, *Mohed. decis. 13. de locat.*

7 Et ex hoc inferas, quod si quis præuenerit in mare, vel in aliquod flumē publicū ad piscandū, poterit impedire alterum venientem ad eundem finem, ratione præoccupationis, ne piscatur in eo loco præoccupato in piscando, vt dixit *Rod. Suarez allegat. 17. sub num. 5.* communis enim est piscatio in mare, & publico flumine, & proindè præoccupantibus conceditur, & non est, in quo alter conqueratur, cur piscari nō possit in loco præoccupato, ex quo sibi imputatur in nō currendo ad præoccupandum, prout sic etiā dicendum in territorijs demanialibus alicuius Vniuersitatis, cuius communis est vsus singulis Ciuibus, quādo vnus ex Ciuibus præoccupat territorium ad cultiuandum, soluta solita mercede Vniuersitati, tùnc enim Ciuis præoccupans, non potest ab altero conciue turbari, nec molestari in illo territorio præoccupato, quæ signa cùm quotidiè eueniunt in facto.

8 Dubiū est in iure, quandò Publicanus emit reditum pedagiorum, iura passuum, et omnes fructus, reditus, et prouentus certo prætio singulis annis vsque ad decennium soluendo; an tùnc contractus ille sit emptionis, et venditionis, an potiùs locationis, et conductionis. Vtilitas ex hoc scitu eueniet, quia si esset emptio, & venditio; nunquam in eo casu fieri posset remissio mercedis etiam propter casus fortuitos, quia tùnc omne periculum ad emptorem spectabit, vt de natura constat eiusmodi contractus, secundùm *text. in l. id quod ei, & in l. necessario in princ. ff. de peric. & comod. rei vend. & in l. 1. C. eod. & in §. cùm autem instit. de empt. & vendit.* sin verò esset locatio, & conductio, remissio omninò facienda est pro eo tempore, quo vti, & frui non potuit conductor, secundum naturam conductionis, & locationis, *l. ex conducto §. 1. & l. merces, §. si vis maior, ff. locati, & l. licet, & l. excepto, C. eod.* Hanc eandem quæ-

X stio-

stionem post *Bart. in l. eotem ferro*, §. *qui maximus*, *ff. de pub. & in quaest. 4. incipit Publicanus lib. 1.* examinat *Mantica loco cit. sub num.* 39. & pertransit per plures casus distinctos excerptos *ab Anchar ano in cons. 403. & in cap. propter sterilitatem num. 2. & seq. de locato.*

9 Et antequàm deueniamus ad resolutionem eiusmodi quaestionis, est obitèr sciendum, quod pedagium, & ius passuum, regularitèr exigi debet in loco cõsueto exigendi, non autem pluribus in locis, vt probat *D. Reg. Moles decis. Regiae Camerae tit. de iurib. passuum, §. 14. quaest. 4. folio meo 162. sub num.* 34. 35. & 36. vbi haec formalia profert verba. *Item fuit dubitatum, si Baro, qui consueuit exigere in vno loco passagium possit illud exigere in pluribus locis, vel transferre de vno ad ad aliũ, & diximus quod non, quia ritus sub rubrica de iure fũdaci in §. soluitur hoc ius in finalibus verbis dicit, quod passagium debe- solui, vbi est consuetum, non alibi, & idẽ dicit Ritus sub rubrica de iure passagij, & dicunt Doctores in cap. 2. de Iudic. quod Barones, qui id faciunt, debent perdere ius passagij, & ità decisum in passu Atripaldae, Alifi, Murconi, & alijs.* Cui decisioni non assẽtitur respectu Murconi, quin eo quod magis in qualibet parte Terrae, & Territorij Murconi exigi valeat tàle ius ex specialibus priuilegijs à retro Regibus concessis, quorum tenores sunt, videlicet.

Item statutum, & ordinatum est ab antiquo, quod Baiuli dictae Terrae Murconi possint, valeant, & debeant petere, quarere, & recolligere ius corritura, & passus in loco vulgaritèr nuncupato le Sorienzole, *sito in partibus Montanearum, & in Cruce Castri Cossani vsque ad portam dicti Castri à quibuscumq. cum rebus, & mercantijs per praedicta loca transeuntibus sine molestia, & contradictione aliorumqu. quorumcumque, & si aliquis defraudaret dictos passus, & captus esset à dictis Baiulis extra territorium ipsius Terrae Murconi soluat ijsdem pro iure, & defraudatione vice qualibet, Augustale unum: declarantes, quod homines de supina cum bonis, bestijs, & animalibus, quibuscumque, & rebus transeuntes per praedictum* Sorienzole *sunt liberi, franchi, et exempti à solutione ad inuicem quibuscumque.*

Item statutum, et ordinatum fuit, ut trãseuntes per praedictam Terram Murconi, eiusque Territoria, et pertinentia, ac per praedictos passus, debeant soluere Baiulis dictae Terrae pro iure passus, et corriturae, uice qualibet pro qualibet soma Cauallina, uel Mulinea, de zaffarano tarenum unum, et pro soma paruula, uel Somarina granos tresdecim, et pro qualibet libra granum unum.

Vnde cùm priuilegium exigendi ius passuum sit concessum locis praedictis, analogicè per totum Territorium, & Terram, ibi, transeuntes per praedictam Terram, eiusque territoria, & pertinentia, & per praedictos passus, quod idem fuit dictum, prout Christus dixit, dicite discipulis, & Petro, pro expressione analogati, non est, in quo appareat fundata dicta allegata decisio *per Reg. Moles* respectu prohibitionis exigendi ius passus Murconi, quando ipse idem *D. Moles numeris sequentibus loco citato*, declarat decisionem praedictam non habere locum, quotiescumque priuilegium illud exigendi ius passus, fuisset concessum toto territorio, tùnc enim dixit ipse, ius hoc posse in qualibet parte territorij exerceri, si priuilegium fuit concessum toto Territorio, & analogicè dictis locis, qui sunt, in, & de Territorio, quomodo alitèr asseritur fuisse decisum: fortè si decisum, certè non discussum hoc ius, & proindè, quod discussum non quod decisum, attendi debet, vt assiduè solebat dicere *D. Praes. de Franch.*

Apparet non facta discussio illo in tempore eiusmodi iuris, quia decisio fundata est super dispositionibus rituum Regiae Camerae per *D. de Moles* allegatorũ, qui loquuntur de pluralitate locorum, in qua prohibitum est exigi tale ius, quando consuetum est exigi in vno loco, nẽpè si in vno loco concessum esset exigẽdi priuilegium, quod secus est in hoc casu, quia priuilegium concessum est analogicè pluribus locis, & toto territorio, vnde sequitur, quod non solum ius illud exerceri potest in dictis, analogicè, locis, sed quod magis in qualibet parte Territorij secundum eumdem *D. Reg. Moles loco cit.*, & quod magis, non obstaret allegatum solitum, ex quo nec per solitum, nec per dictam indiscussam de-

decisionem præiudicium aliquod afferri potest dicto iuri exigendi in dictis locis, vt probat mihi punctualis *text.* dispositio *in l. quicquid 12. C. de vectigalib. & commissis*, vbi rescripta contra conuentiones, & statuta vectigalium non valent, pro vt priuilegium illud concessum fuit in forma conuentionis, & statuti ibi, *statutum, & ordinatum fuit*; maxime, quia dictum statutum ordinatum fuit inter cæteras vniuersitates, & signãter in beneficium vniuersitatis Murconi, & proinde semper firmum remanere debuit ad punctualem *textum in l. vectigalia 10.ibi, Vectigalia quæcũq; quælibet ciuitates sibi, & suis curijs ad angustiarum suarum solatia quæsierunt, siue illa functionibus, Curialium ordinum pro futura sunt, sine quibuscumque alijs earumdem Ciuitatum vsibus designantur: firma his, atquè ad habendum perpetua manere præcipimus, neque ullam contrariam supplicantium super his molestiam formidari potest concessio Vniuersitati*, quia facultas fuit data exigendi hoc ius Baiulis dictæ terræ, qui sunt de Curia Baiulationis quæ possidebatur, & in præsentiarum possidetur per vniuersitatem prædictam, licèt ex peculiari subsecuta conuentione intèr Baronem, et Vniuersitatem dictæ terræ, hodie tale ius exigatur per Baronem, ad quem transierunt facultates exigendi pro vt in priuilegio.

Nec obstat dispositio *Regiæ Pragmaticæ editæ Thori*, per quam fuerunt restricta nonnulla priuilegia concessa per *D. Regem Ferdinandum*, quia respondetur inibi nullatenùs fuisse abolitum, siuè in aliquo reformatum hoc nostrum priuilegium, et si id fieri potuisset per Regem Catholicum, nisi speciali priuilegio, et iuri communi derogasset, per ea, quæ discurrit *D. Reg. Rouit. decis. 72. num. 63.* vltrà quod priuilegium fuit concessum per D. Margaretam Durazzo legitimam Reginam huius Regni, secundum cronologiam status huius Regni; aliàs si per dictam pragmaticam editam *Tori*, essent abolitæ cõcessiones retro Regum, ad quid postmodum disputare de priuilegio concesso per ipsos, si scilicet concessum Territorio, valeat ius passus exigi in qualibet parte eiusdẽ, sufficiebat dicere in decisione *D. de Moles* sic, fuit abolitum, vel reformatum per pragmaticam editam *Tori*, & non fundare intentionem decisionis in ritibus M.C., per quos in nihilum derogatum fuit eiusmodi priuilegio per solitum allegatum, quando per contrarium rescriptum haud derogari ei potuerit ad iura supra relata. Vnde merito concedenda est manutentio quasi possessionis iuris exigẽdi dicti passus non tantum in loco dicto *alle Sorienzole*, ceù analogato, sed quod magis in qualibet parte territorij, dumodo eadem sit solutio passus in vno loco, quam in altero, & non duplicata, ex quo intentio concedentis elicitur, vt omnino ius passus soluatur ab omnibus transeuntibus per terram, & Territoria Murconi, vt patet in priuilegio, & si proptèt faciliorem, & tutiorem exactionem solitum fuit exigi in vno dumtaxat loco, quæ facilior, & tutior exactio haud derogare potuit, nec potest, amplissimo priuilegio exigendi ius passus in qualibet parte territorij ad omnem placitum cõcessionarij, vt suo priuilegio omni in tempore vti videatur *gl. in cap. decet de reg. iur. in 6. Innoc. in cap. quę in ecclesiarum de constit. Bald. in l. qui se Patris nu. 14. C. vnde vi.*

Ad rem nostram deueniendo, à qua discessi fuimus, dico quod primus casus est secundum Manticam, quando conuenit, vt pro certo prætio, quid alicui tradatur, vt in eum dominium, vel vsucapiendi conditio transferatur, & tũc absque dubio intelligitur emptio, & venditio *l. conuenit mihi, & l. cum manu fata §. vlt. ff. de contrah. empt.*, quod etiàm intellige si conuentum fuerit, vt aliquod ius siue seruitus transferatur, vt in *d. l. manufata. §. vlt. & l. 4. §. vlt. ff. de vsufr.* semper quod res locata non permanet in eodem statu, & conditionem mutat, dicetur emptio, & venditio iuxtà *Deciani responsum lib. 3 resp. 8. num. 3.*

10 Secundus est casus, quando agitur, vt quis recipiat pecuniam, & nullum ius transferat, sed tantum aliquid efficiat, & tunc est locatio, & conductio *l. itèm si prętio §. 1. ff. locat. & l. naturalis §. & cum do ff. de præscript. verb.*, nullo considerato discrimine, si vnicum constitua-

X 2 tur

tur prætium pro toto, vel pro singulis
temporibus *l. qui operas*, *& l. ea lege* §. *locaui ff. locat.*

11 Tertius est casus quando conuenit,
vt ille, qui pecuniam recipit aliquid promi-
ctat, quod consistat in dando, vel fa-
ciendo, sed factum venit principalitèr,
& dandum in aliquam consequentiam,
& tùnc etiàm, erit locatio, & conductio
l. itèm si prętio §. *cùm insu'am ff. locat.*,
quia tùnc opera principaliter locatur,
& datio in quandam consequentiam
venit, quia scilicet edificat in solo alie-
no secundum *Manticam loco cit.*

12 Quartus est casus quando similitèr
conuenit, vt ille qui recipit pecuniam,
aliquid efficiat, & det, & dubitatur quid
eorum sit principale, & quid veniat in
consequentiam, an scilicèt principaliter
veniat datio, siuè translatio dominij fru-
ctuum percipiendorum, vel iuris vsus-
fructus, & in consequentiam sit patien-
tia, quod scilicet quis patiatur alium,
vti, & frui, sicut est in vsufructu *l. 3.* §.
dare ff. de vsufr. an vero per contrarium
patientia veniat principaliter, & quod
fructus faciat suos, ex quadam conse-
quentia, sicut contingit in quolibet colo-
no, qui fundum conducit: nàm Domi-
nus principaliter tenetur ad prestandam
patientiam *l. si merces* §. *qui fundum*, *&
d. l. si ea lege* §. *Colonus ff. locat.*, & tùnc di-
co quod alij casus sunt considerandi,

13 Primus quando vnica solutio consti-
tuitur pro omnibus annis, non verò pro
singulis singulæ fiunt solutiones, & tùnc
est emptio, & venditio: nempè si alicui
conceditur nemus ad longum tempus,
vt puta ad annos 18. vnico prætio dice-
tur tùnc dubio procul venditio secun-
dum *Decian. loco cit.*

14 Secundus est casus quando certa pe-
cunia, vel annuatim solui debet vsque
ad certum definitum tēpus, veluti quin-
quennium, vel decennium, & tùnc di-
cetur locatio, & conductio, quia mer-
cedis nomine soluitur singulis mensibus
siuè annis pro patientia, vt ex pluribus
probat *Mantica loco cit.*

15 Quod intelligit *Bart. d. quest.* 4. etiàm
si solutio annua importaret emptionem,
& venditionem, quia quo ad effectum,
vt remissio locum habeat pro locatione
haberi debet, ac etiam si esset contractus
innominatus, ex quo aliquid annuum
solui debeat, quia ratione symboli, si
quis non soluerit potest enim expelli,
l. quęro. §. *intèr locatorem ff. locat. l. vectig.*
§. *vlt. ff. de publ.*

Et secundum *Baldum in d. l. licet nu.* 7.
C. eodem tit. emptori fructuum futuro-
rum remissio fieri debet, sicùt condu-
ctori ratione symboli *l. 1.* §. *si quis seruum
ff. deposit.*, sed de veritate clariùs in *sub-
seq. cap.*

16 Et si quis fundum simplicitèr loca-
uerit pro certa quantitate tritici, olei,
vel alterius speciei non dicetur propriè
locatio, sed contractus innominatus, *do,
vt des*, & erit symbolus locationi *l. licet*,
& l. si olei C. locat. l. si merces §. *uis maior
circa princ. ff. eod.*

17 Cæterū si ponderetur *text. in d. l.* olei,
satis ex eo patebit, etiam in alijs rebus,
quam in pecunia dari, & constitui posse
mercedem, & locationem esse, ibi, *de
contractu bona fide habito propter hoc solū,
quod alter maiorem obtulit ponderationem
recedi non oportet*, idem apparet *in d. l. li-*
18 *cèt*, vbi mercedem in annuis quantita-
tibus consistere posse, probat *text. ille*, ibi,
annuis quantitatibus, & erit locatio.

Et vlteriùs patet in allegato *textu in
l. si merces*, § *si vis maior*, vbi ex distinctio-
ne, quæ intèr colonos, qui certa merce-
de conducunt, & inter eos, qui fructibus,
19 quando est vera locatio absque con-
uentione mercedis in pecunia, & vltimo
probatur *in l. hac distinctio*, §. *fin. ff. locati*,
20 vbi locatio ità fuit celebrata, vt fructus
mercedis nomine pensa entur, ex quibus
omnibus conuincitur expresfè, & si mer-
ces in alia re, quàm in pecunia præstetur,
locationem, & conductionem esse.

21 Pro quorum explicatione dicendum
est, quod merces à merendo ære dicitur,
teste *Varrone lib. 4. de lingua latina*, & idē
significat, quod præmium, & stipendium,
quod datur operario *Petrus Gregor. Thol.
Syntagm. iur. ciuil. Vniuers. lib. 17. cap. 2. in
princ.* & iuxtà præcepta *Diui Pauli 1. Co-
rinth. 9.* ibi, *Quis militat suis stipendijs
vndique? Quis plantauit vineam, & de
fructu eius non edit? Quis pascit gregem,
& de gregis lacte non manducat?* Non al-
ligabis os Bouē trucidanti, & qui alteri
deser-

Digitized by Google

deseruiunt cùm altero participiunt. Et Dominus Noster Iesus Christus scriptũ reliquit dignum esse operarium mercede sua, & notat *text. in l. cùm plures, §. cùm Tutor, ff. de admin. tut. l. si Pater, §. 1. ff. de var. & extraord. cognit.* siuè diurnum illud sit, siuè menstruum, siuè annuum: cùm ergo locatio, aut est vtendi re, & fruendi, aut faciendi scilicet ad vsum rei locatæ, vt *in l. 2. l. qui ad certum. ff. hoc tit.* aut hominis factum, *l. 1. §. fin. ff. mand.* si locatio facti est, non aliter celebrari potest, quàm si mercedis nomine pecunia detur numerata, & in hoc casu vendicat sibi locũ *lex 1. §. si quis seruum, & l. naturalis, §. at cùm do, ff. de præscript. verb.* vbi de facto locando agebatur, & sic necessaria fuit pecunia: si verò vsus rei locetur, pecunia tùnc præcisè necessaria nõ est, sed merces poterit in fructibus, quantitate, vel aliare dari iuxtà *text. in d. l. olei*, cùm alijs supracitatis iuribus, quæ expresse loquntur de locatione vsus non facti.

22 Discriminis rationem assignat *Piccardus in princ. tituli de locato sub nam. 33. instit.* ex quo si aliter esset, causaretur maxima cõtractuum incertitudo: Proindè quia locatio faciẽdi symbola est contractui innominato *do, vt facias*, vt *in d. §. at cùm do*, de facili de vno ad alterum fit transitus, necessè fuit mercedem in pecunia numerata exigi, vt ab illo distingueretur, quæ ratio cessat in locatione vsus: nec ex quo confundi non potest cùm innominata conuentione *do, vt facias*, quia si in aliquem contractum posset transire innominatum, in nullum alium transiret, quam in illum, qui dicitur *do, vt des*, cùm quo nullo modo confundi potest: cùm ille sit, vel emptio, vel permutatio, *d. l. naturalis, §. & si quidem, ff. de præscript. verb.* et habemus locationem vsus, nec emptionem, nec permutationem esse: cùm ex ea dominium non transeat, *l. non solet, ff. loc.* quod in emptione, vel permutatione contingit *d. l. legibus*, et sic vt distingueretur pretiũ à mercede, primum necessarium in venditione, secunda in locatione, et consequenter sicuti in locatione requiritur pretium, sic in locatione requiritur merces, hoc est, quod non sit gratuita, *l. si vir, ff. de donat. inter vir. & vxor.*

23 Sed non per hoc sumus extra aleam dubitationis, cuius difficultas consistit in anthynomia *text. in l. hæc distinctio, §. fin. & l. si conuenerit, ff. communi diuid.* vbi dissidium apparet inter Vlpianum, et Africanum. Vlpianus scilicèt *in d. l. si conuenerit* sic ait.

24 *Si conuenerit inter te, & socium tuum, vt alternis annis fructus perciperetis, & non patietur te socius, tui anni fructus percipere, videndum est, an ex conducto sit actio, an verò communi diuidundo, eadem quæstio est, an si socius, qui conuenerat, vt alternis annis frueretur, pecus immisit, vt futuri anni fructus, quos socius percipere oportuit corrumperentur, & puto magis cõmuni diuidundo iudicium, quàm ex conducto locum habere: qua enim locatio est, cùm merces non intercesserit, aut eum certè actionem incerti ciuilem reddendam.*

25 Africanus verò *in d. l. hac distinctio, §. fin.* sic affatur. *Cum fundum communem habemus, inter nos conuenit vt alternis annis certo pretio eundem conductum haberemus: tu, cùm annus tuus exiturus esset, consulto fructus sequentis anni corrumpisti, agam tecum duabus actionibus, vna ex conducto, altera ex locato: locati enim iudicio mea pars propria; conducti autem actione tua dumtaxat propria in iudicium veniet.* Deindè ità notat. *Nonnè quoad meam partem attinebit communi diuidundo iudicium præstabitur à te mihi damnum? Rectè quidem notat: Sed tamen etiam Seruij sententiam veram esse puto, in eo scilicet, vt cum alterutra actione rem seruauerim, altera perimatur. Quod ipsum simpliciùs ità quæremus si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent conuenisse, vt alter alterius fundus in conductum haberent, vt fructus mercedis nomine pensitentur.*

26 Dices, quod in casu Vlpiani nulla intercessit locatio, sed communis fundi vsus inter socios dumtaxàt, et proindè rectè non competebat actio ex locato, et conducto, sed communi diuidundo in re particulari, vt patet ex verbis eiusdem Vlpiani, ibi, *quæ enim locatio est cùm merces non intercesserit*, concordat cùm *textu in l. si gratuitam, §. si cum vnum, ff. de præscript. verb. l. 1. §. si quis seruum, ff. deposit. §. præterea instit. de locato, & conducto.* In casu vero Africani, quia conuenit certo

Digitized by Google

to pretio, et fructus mercedis nomine pensitantur, cadit benè actio locati, et conducti, quia hęc est natura locationis, vt supra probauimus, et explicat *gl.* hic in verbo ex conducto.

Sed Cardo difficultatis non in ea legis parte vertitur, nempè in principio, ibi, *alternis annis certo pretio, & in fine*, ibi, *ità conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensarentur*, quia benè per *gl. in princ.* stante quod inter socios fuit facta conductio certo pretio soluendo ad inuicem alternis annis, vt patet in textu, et in fine explicatur casus simpliciùs, hoc est manifestiùs, circa duos, et ecce non sumus ampliùs inter socios: cũ subdat textus, *qui singulos proprios fundos haberent conuenisse, ut alter alterius fundum, ità conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensarentur*, in quo vltimo textus periodo, nec cadit aliqua difficultas: cùm simus in locatione vtendi re, secundum supra explicauimus, et probauit etiam *Piccardus in d. §. pretium n. 5.*

Verùm in textus corde apparet difficultas, ibi, *Deindè ità notat, nonne quod meam partem attinebit communi diuidundo iudicio præstabitur à te mihi dandum. Rectè quidem notat; sed tamen etiam seruij sententiam ueram esse puta, in eo scilicet, ut cùm alterutra ratione rem seruauerim, altera perimetur*, et sic dicit *text.* quod in vtraque sententia potest agi, et iudicio communi diuidundo, et actione locati, et cõducti, et quia intercessit pretium in casu, de quo apud *Africanum*, ideo datur actio locati, et perimitur actio communi diuidundo, de qua apud *Vlpianum*: cùm ibi nulla intercessit locatio, et sic concorda, quod suppletio textus *in d. l. fin.* ibi, *Nonne quoad meam partem attinebit*, refertur ad dispositionem *in d. l. conuenerit*, in intetuentione illa, *Nonne*, quæ quidem importat, *an non*, interrogationé, iuxtà illud, *Verùm ità est tu dieis, te deiectum debeo intelligere nonnè*, & sic voluit affirmare *Africanus in d. l. fin.* competere quoad partem socij actionem communi diuidundo, vt est dispositum *in d. l. si conuenerit*; perimitur verò hæc actio, quoties intercesserit in fruitione fructuũ locatio: cumque tali in casu non vtraque competit actio, sed locati, & conducti dumtaxàt, aliàs pugnaret textus, ex diametro contradictionis: cùm nihil commune habent iudicium communi diuidundo, cùm actione locati, vt patet *in d. l. cùm putauerit*; & sic *Africanus* loqutus fuit hic, de more, cùm interrogatiuo, ad demonstrandum discrimen casuum, non autem ad sic definiendum, vt allocutus fuit etiam *in l. cùm putassem, ff. de damno infecto*, ibi, *cur ergo non emptori.*

27 A quo quidem sollemni *textu in d. §. cùm fundum*, multa notantur præcepta, quæ obseruari veniunt à colono, & conductore, & primum, vt non valeat aliquid facere colonus in fundo conducto, per quod finita conductione, possit suo successori nocere, & si tale faciat teneri ex hac lege.

28 Secundum præceptum est, vt debeat colonus dimittere fundum in eo statu, in quo habuit tempore conductionis, ità vt, si receperit illud seminatum, seminatum quoque relaxare debet, si verò habuerit non seminatum, etiam non seminatum restituet, *l. si merces, §. conductor. & d. §. fin. ff. locati Carpanus ad stat. Mediol. d. cap. 491. num. 2. parte 2.* & si tempore conductionis habuit paleas, aut fænum, ex quibus aluerit Boues, debet in fine conductionis illam restituere in eadem quantitate, & bonitate, & domino relinquere in compensam primorum receptorum, *Caroc. de locato par. 4 gradu 4. q. 8. tit. de paleis, oliuis, glandibus nu. 4.* notat *Barbatus noster in tract. de diuis. fruct. inter plures, illosque diuersos parte 2. cap. 7.* vbi sic intelligit statutum Mediolanense indefinitè loquens de palea, & alijs relinquendis, finita conductione post *Carpanum d. cap. 391. sub num. 2.* qui quidem *Barbatus* adnotauit etiam infrascripta exempla ad ornatum *d. §. cùm fundum*, digna vt hic signentur.

29 Primum quidem exemplum est, quia conductor antiquus non potest in fine anni fundum conductum exfructuare in præiudicium Domini, aut noui conductoris, *Bart. in d. §. cùm fundum num. 3. Caroc. d. tract. parte 4. gradu 4. quæst. 8. de renune.*

30 Secundum est exemplum de colono, qui cùm pars fũdi deberet seminari frumento, altera pars quiescere, seminauit totum

totum fundum, itá vt non possit seminari anno sequenti, *Paul. de Castro, §. cùm fundum, Ioseph. Ludou. decis. Perus. 62. num. 2. D. de Franch. decis. 96. in princ. ad eundem D. de Luca obseruat. 96. in princ.* qui meminit de *Barbato* nostro.

31 Tertium est exemplum de colono restipulante terram in præiudicium Domini, & futuri conductoris, quo casu teneretur ad interesse, *Ludou. d. decis. 62. per totam, Marta decis. Pisana 149. Surd. decis. 131.* quod alitèr esset si in contrarium vigeret consuetudo, *Ludou. d. decis. 20.* & quomodo probanda eiusmodi consuetudo docet *Surd. dicta decis. 131.*

32 Quartum est exemplum de fructuario, qui immaturos colligit fructus in præiudicium proprietarij, contrà quem dari potest etiam actio ad interesse *D. de Franch. d. decis. 96. num. 2.* licèt aliud sit in vsufructuario *arg. §. minùs autem instit. de vsu, & habitatione*, ibi, *minùs autem iuris est in vsu, quàm in vsufructu, nàm is, qui fundi nudum habet vsum, nihil vlterius habere intelligitur, quàm vt de oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis, & lignis ad vsum quotidianum vtatur, in eoque fundo hactenus ei morari licèt, vt neq; Domino fundi molestus sit, neque eis, per quos opera rustica fiunt impedimento: nec vlli alij ius, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest (cum is, qui vsumfructum habet, potest hac omnia facere)* quod non habet locum in eius hærede ex quo hæres vsufructuarij in damnum proprietarij illud facere non potest, de hærede beneficiarij infrà dicemus.

33 Quintum est exemplum de conductore gabellæ, qui concedit, vt Ciues vadant ad moliendum pro minori quantitate in præiudicium successoris, contrà quem datur etiam actio ad interesse, prout decisum etiam refert *D. de Franch. d. decis. 96.* nisi alitèr tamen vigeret incontrarium consuetudo, prout testatur *D. de Luca loco cit. in fine*, & meliùs esset si adhiberetur cautela, vt statuatur, quod Ciues teneātur reuelare totum panem, vel farinam in prima die noui affictus nouo gabellario sub aliqua pœna, et de dicto pane, et farina iterùm solui gabella, excepta vna verisimili quantitate de qua apud *Annam sing. 577.*

34 Sextum est exemplum de conductore, qui vltimo anno conductionis non benè putat vineam, vt quia scilicet dimittit multa virgulata in vitibus ad excerpendum maiorem fructum *Doctores citati à Barbato in d. tract. de diuis. fruct. par. 2. cap. 7. sub num. 17.*

35 Septimum est exemplum de officiali, qui in fine officij cassat inquisitiones in præiudicium successoris, et non esse iustè factū voluere *Paris de Puteo in tract. de Sindic. verbo pœna, §. iuxtà traditta, Campagn. in cap. Regni incipiēs*, item si quę vniuersitatis, *Petra ad Capyc. decis. 151. num. 4.* videndus *Reg. Rouit. decis. 91. sub num. 30.* vbi dicit, quod ad hoc vt quæratur ius officiali ex delicto commisso tempore suæ administrationis, non sufficit, quod delictum sit commissum eo tempore quo fuit commissum, sed requiritur, vel condemnatio, vel compositio, vel pignorum captio: Vnde prouentus applicandus est non officiali, cuius tempore fuit commissum delictum, si ipse non condemnauerit, vel exegerit, vel pignorauerit, sed successori, qui ea peregerit secundum *Parid. de Puteo tract. de Syndic. in verbo prouentus cap. 1. post nu. 4. vers. tamen in Regno*, cuius verba refert idem *D. Rouitus loco cit.* cui addidit *D. Altim. obseruat. ad eundem 91. sub eodem num. 30. Mastrill. & Caball. in locis ab ipso cit.*

36 Octauum est exemplum in hærede Prælati, qui videns Prælatum moriturum immaturos colligit fructus, vt successorem fraudet: prout in facto habuisse in causa propria testatur *Barbatus loco cit. sub num. 16.* & sic quoque tenuit *D. Consiliarius Hodierna ad Surd. decis. 131. in fine*, licèt neminem citet.

Et ex principali nostra quæstione pro complementi præsentis capituli collige

Primo, quod quando sumus in contractu locationis habemus actionem bonæ fidei, *text. in l. aduersus 2. C. de locato, & conducto, vbi gl. in verbo, eo iudicio*, secùs si transiret in contractum innominatum, quia tùnc daretur actio stricti iuris, *§. actionum instit. de act.* & sic actione locati veniunt vsuræ, vt *in d. l. aduersus, & l. in bona fidei, ff. de vsur.*

37 Colli-

37 Collige secundo quia quando sumus in contractu locationis nō est locus pœnitentiæ, posiquam semel perfectus est contractus *d. l. si olei*, in contractu verò innominato datur locus pœnitentiæ *l. si pecuniam ff. de condict. caus. dat.* & pluries diximus supra.

38 Collige tertio, quia quando sumus in contractu locationis fit remissio mercedis proptèr sterilitatem. *cap. proptèr sterilitatem de locato*, secùs in contractu innominato secundum *Curt. in l. 2. ff. si cert. petat. num.* 21. vnde si singulo quo-

39 que anno in genere præstetur certa quantitas fructuum, vt puta decem corborum tritici, vel decem amphoras vini, seù olei, contractus dicetur innominatus, & non erit locus remissioni, secundum *Bart. in d. l. si merces. §. uis maior num.* 10. *ff. loc. & in l. si apes §. 1. ff. de furt.* quod intellige iuxtà explicationē supra positam.

40 Quod etiàm intellige de eo, qui præstat certam quotam, veluti certam partem fructuum pro fundo, quem colit: nàm tùnc tanquam colonus partiarius patitur damnum, & lucrum cùm Domino fundi, & etiàm si minus perceperet, quàm seminauerit, ex eo quod percipit, debeat tertiam domino præstare *Bald. in l. licet num.* 10. *C. locati & conduct. Afflict. in cap. 1. §. rursus col. 2. quib. mod. feud. amitt.* hinc est, quod qui recipit vineam ad colendum à Domino soli, & promittunt ei soluere quartam partem fructuum per contractum perpetuum, & ibi plantant ficus, nuces, & alias arbores, tenebitur præstare domino etiàm quartam partem illorum fructuum ex illis arboribus nouitèr plantatis perceptorum, quia quod iuris est de principali, debet esse de accessorijs, & augumento, pro vt etiàm de decimis perbellè affirmat *D. Reg. Ronit. decis. 97. sub num.* 10. *& seq.*

ARGVMENTVM.

Locatio mixta cùm quo sit symbola an cum vulgari locatione; an cùm venditione, vel cùm emphytheusi, intricata quæstio.

SVMMARIVM.

1 *Locatio mixta qua, & cum quo contractu sit symbola impenetrabilis quæstio.*

2 *Locatio ad longum tempus, vel quamdiu pensio, vel fructus præstentur, cum quo contractu est symbola.*

3 *Omne genitum assimilatur suo genito.*

4 *Pratium cùm dominij traditione facit emptionem.*

5 *Pensio præstatur in emphytheusi pro recognitione directi dominij.*

6 *Locatio mixta, quod sit symbola venditioni quomodo probatur.*

7 *Locatio mixta, quod sit emphytheusis quomodo probatur, & num.* 8. 9. 10. 11. *&* 12.

13 *Locatio ad longum tempus regularitèr, & vulgaris locatio.*

14 *Boerij decisio 234. partim laceratur à Garzia, & partim ab Amedeo.*

15 *Dominium vtile an transferatur in locatione ad longum tempus, & num.* 17.

16 *Actus nostri debent adaptari rebus sensatis, & intellectui frequentibus.*

18 *Conductor non sibi, sed domino possidet.*

19 *Possidere aliud est, aliud in possessione existere.*

20 *Locatio ad plures generationes fieri potest, & tamen non est emphytheusis.*

21 *Emphytheuta de iuris acumine nullum habet dominium.*

22 *Pensio Modica non est de essentia emphytheusis.*

23 *Conductor ad longum tempus an habeat aliquod ius in re.*

24 Decisio Regiæ Cameræ, de qua apud Iacobum Auelium de iure adohæ n. 59. & Capanum consimili in tract. quæst. 58. in principio *redditur dubia apud authorem.* Lo-

25 *Locatio facta cum pacto affrancandi an sit vera locatio, & quid circa remissionem num.26.*

26 *Locatio, quæ dicitur ad gaudendum an sit vera locatio.*

27 *Locatio quando in dubio censeatur potius, quàm alius contractus.*

28 *Melioramenta facta in re emphytheutica, finita emphytheusi, ad quem spectant.*

29 *Locator quando astringi possit ex aliquo pacto in re locata.*

30 *Emphytheusis an retineat expensas in re emphytheutica erogatas, domino directo reluctante.*

31 *Melioratio facta in re emphytheutica ex speciali pacto, vel necessitate, cui beneficio cedat.*

32 *Melioratio facta in re emphytheutica post caducitatem incursam, cui debeatur.*

33 *Impensa facta in re emphy. heutica quomodo regulanda.*

34 Text. dispositio in l. si cui §. locati *quãdo sibi vendicat locum.*

35 *Emphy heuta, & locator sunt symboli quoad meliorationes.*

CAP. III.

1 LOcatio mixta dicitur illa, quæ summopere, apta est de potentia ad actum symbolizari, vel cum pura locatione, vel cùm venditione, vel cùm emphytheusi, cuius natura cognoscibilis est ex circumstantiis in facto, & si aliàs inter se impenetrabiliter symbolizentur.

2 Et Primum se offert symbolum in contractu illo locationis ad longum tẽpus, vel cùm pacto, quod quamdiu pensio, vel affictus præstetur, non possit conductor ab affictu remoueri, in quo casu dubitarunt Doctores, an locatio, vel venditio censeatur celebrata, vel potiùs emphytheusis ex *constitutione Zenoniana* iuxtà *textum in* §. *adeo autem instit. de loc. & conduct.*

3 Probant aliqui, hunc contractum esse simplicis locationis, ex eo, quia omne genitum assimilatur suo genito, quæ similitudo secundum *Aristotilem de generat: animalium*, est secundum totum corpus geniti ad corpus generantis, atqui contractus generans, qui est locatio, est in se secundum alicuius rei vsum pro certa mercede, & non distat ab isto contractu, vt *in d.* §. *ad eo autem & in l. a. C. de iure emphyth.*, ergo dicetur locatio symbola, & non aliter.

4 Secundo, quia tametsi aliqua ratione hic contractus symbolus sit emptioni, quia, dato prætio, rei dominium transfertur, emptio dicitur contrahi, & per hunc contractum alienatio videtur inducta *cap. nulli de reb. eccles. non alien.* eo potissimum ex immutatione saltim vtilis dominij; sed sic est, qui taliter concedit Dominus remanet rei concessæ, vt *in d.* §. *ad eo autem in fine*, ergo nullatenus dici potest hic contractus venditio.

5 Tertio nec dici potest, quod sit contractus emphytheuticus: cùm in emphytheusi pro sola cognitione directi dominij pensio præstari dicitur, non habito respectu ad fructus; hic vero apparet promissa pensio, habito respectu ad fructus, ergo est locatio *Franc. Aret. in cons. 55. vers. 2. & cagn. in auth. qui rem C. de sacros. eccles. num. 4. & in l. 2. à num.* 102. *ad seq. C. de rescind. vendit.*

6 Cæterum quod sit symbola venditioni probatur, quia dato pretio rei, dominium transfertur, & emptio contrahitur, vt suprà diximus, atqui per hunc contractum alienatio inducitur §. *alienationis auth. de non alienand. aut permut.*, ergo dicetur potius symbola venditioni quàm locationi.

7 Et quod sit potius contractus symbolus emphytheuticus probatur, ex eo quia emphytheusis in verbo græco (*emponemate*) quod latinè *meliorationem* significat *Spec. in tit. de loc. & emphyth.* §. *nunc aliqua num. 2. vers. 2. quæritur, Accurs. in auth. de non alien.* §. *scire autem*, verbo *meliorationum concl. 2. Gabr. cons.* 84. *num. 6. lib. 2.* vel meliùs *ab emphyteci*, quod similitèr græcè in latinum significat *inserere, implantare, germina ponere Netta in cons. 49. num. 6. Piccard. in d.* §. *adeo autem num.* 10.

8 Eiusmodi contractus sua primeua natura sic celebrebatur, vt quamdiu pensio soluertur, fundus non amouererur iuxtà *text. in d.* §. *adeò autem*, & *l. 1. ff. si ager. vectig. vel emphyth. pet. cap. ea enim* §. *perpetua 10. q. 2.*, & hæc est sua propria

Y essen-

essentia, vt sit contractus, per quem vtile dominium rei immobilis transferatur in perpetuum, vel ad tempus, pro quo soluitur aliquod reale pro tempore constituto directo domino, in dominij recognitionem, secundum *Valasc. quæst.* 1 *eodem tract. & explicat Piccardus loco cit. à num.* 20. *ad* 28.

9 Et quod ex isto contractu, imò ex locatione ad longum tempus transferatur vtile dominium patet apud *Manticam de tacit. lib.* 5. *tit.* 7. *in princ.* ergo omnino diudicandus est contractus emphytheuticus secundum *Ioannem Fabrum in d.* §. *adeo*, & prohibita alienatione, dicetur prohibita etiam dicta locatio, secundum *Bald. in auth. & qui. vers. vlterius quæro. C. de bonis auth. Iudic. poss. d.* secutū à *Alexandro in cons.* 1 *lib.* 4., & iuxtà ab eo notata *in cons.* 57 *lib.* 2. & in *cons.* 165. *lib.* 2.,
10 vbi onus impositum venditioni habet locum etiam in locatione ad longum tempus, & in dubio transire dominium ad locatorem, tenet etiàm *Ioan. de Imola*
11 *in cap. potuit de locat. & in cons.* 68., & locationem ad longum tempus factam per Tutorem sine decreto esse nullam patet in *clem.* 1. *de reb. eccles. non alienand.*
12 & prohibitum per testatorem alienare, non posse nequaquàm locare ad vitam alicuius hominis, probat *Cormeus cons.* 243. *num.* 3., & quod in ista longa locatione habeat locum ius congrui, & prothomysis voluit *Afflict. de iure congrui not.* 8. *num.* 25. & 26. *Anna sing.* 326. *vers. locatio*, & quod de tali locatione solui debeat etiàm laudemium testatur *Rhod. de reb. eccles. non alien. quæst.* 66. *sub num.* 44. & *voluit Dec. cons.* 204., & probat *Amed. de Ponte tract. de laud. quæst.* 34. *sub num.* 7. *vers. de iure autem.*

13 Nos pro concordia eiusmodi inextricabilis controuersiæ constituimus regulam, locationem scilicèt ad longum tempus stare in puris terminis vulgaris locationis, & sic in dubio præsumi, ex eo, quia in se nec nomen, nec substantia mutatur, nec potest alterari ex illo longo tempore, accedente re, mercede in pecunia, & vsu contrahentium communitèr obseruato, pro vt probat *gl. in auth. perpetua vers. sextam C. de sacros. Eccles. Soccin. in l. Gallus* §. *etiam si parente num.* 6. *ff. de liber. & posth.*, & hanc esse communem opinionem probat *Garf. de expens. & meliorat. cap.* 6. *sub num.* 23. con-
14 trà *Boer. in decis.* 234., quæ partim laceratur à *dicto Garzia*, & partim à præfato *Amadeo*, & quam nos defendimus in parte illa ab *Amadeo* confutata, licèt respuamus partem reiectam à *Garzia*, sequitur *Piccardus d.* §. *adeo autem sub num.* 30.

15 Et proindè ex isto contractu nullum deberi laudemium *Boer. d. decis.* 234. *sub num.* 5. *vers. in contrarium*, etiam si in centum, vel mille annos facta fuisset locatio, non quod tacitè intelligatur reseruatum vtile dominium transmissibile ad locatorem ad longum tempus, vt voluerunt Doctores contrarium sentientes, secundum *Angel. cons.* 19. ex illa regula,
16 quod actus, & contractus nobis debent adaptari rebus sensatis, & intellectu frequentibus, & verificari in communem opinionem hominum habentium intellectum, secundum *Philosophum*, & probat idem *Boer. ex Baldo in rubr. C. de probat.* & *in l.* 1. *C. de seru fugit.* et quod omnes homines famam intelligunt, per societatem ad annos decem non transferre dominium, nec possessionem: cùm attendatur quod principalitèr actum est inter partes, quod alitèr non euitaretur inconueniens, si tale laudemium deberetur, quod sequeretur, finita tali locatione, & extincto, siuè consolidato vtili cùm directo dominio, ipse dominus teneretur soluere alterum laudemium, quia noua censeretur acquisitio. §. *si cui*, vbi communitèr *institutista de legat.* & idem esset affirmandum in venditione cùm pacto de retrouendendo ad tempus; quod ex iure non probatur, vt voluit
17 *Anch. cons.* 72. quia certissimum est ex locatione quamuis longissima, nūquam locatorem dominium aliquod conferre potest, pro vt nec ex pignore: cùm neuter titulus habilis sit ad transferendum dominium *l. non nolit ff. de locat.*, nec pos-
18 sessio traditur, quia semper conductor non sibi sed domino possidet *l.* 2. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* licet in possessione esse debeat cōductor ad hoc vt cō-
19 mode frui possit re conducta, non per hoc dicetur possidere, quia aliud est possidere,

fidere, aliud in possessione insistere *l. si quis ante ff. de acq. poss.* & tunc melior est conditio creditoris pignoratitij, quã conductoris, quia creditor, & si sciat se rem alienam possidere *l. pigneri ff. de vsucap.* sibi vero non debitori possidet, quo ad omnia, præter quam quo ad causam vsucapionis *l. serui nomine ff. eod.*

Conductor vero in possessione duntaxat est, fruendi scilicet gratia, & eo nomine præstat pensionem domino, qui per eam perceptionem pensionis non tantum rei suæ possessionem retinere, sed etiam re ipsa frui intelligitur *l. non vtitur cum seq. ff. de vsufr.*, & proinde subsequitur, quod creditores pignoratitij, tanquàm verè possidentes habent interdictum vti possidetis, quod non habent creditores, & cæteri, qui in possessione sunt dumtaxàt *l. 3. §. creditores ff. vti possid. l. officium ff. de reiuindic.* igitur si ex causa pignoris lauditorium nunquàm debetur; multo fortius ex longissima conductione, vt elegantèr apud *Ant. Fabr. Decad. laud. err. 10. decade 6. in princ.* qui in hac parte defendit *Boer. contra Amad.* asserens *in vers. quibus tamen locis,* quod Doctores ab *Amadeo* relati, quibus adde cæteros alios recensitos per *Cassan. consuet. Burg. col. 1233. vers. lim. quinto sub num. 28. rubr. 9. tit. de homine de man. Morte* §. 10. non simplicitèr loquuntur de conductione facta ad longum tempus, sed de fundo vectigali, vel emphytheutico, vel superficiario, iuxtà *text. in l. pass. si ager. vectig.*, & tunc demum, accedente pacto, de quo supra de non ammouendo, quæ quidem pactio iùs in re, & ad rem tribuit conductori, propter ius retentionis, quod ei præbet, vt inuito etiàm domino, possit rem sibi retinere, quod in cæteris ordinarijs, & vulgaribus conductoribus diuersum est, ex qua quidem lege prima suppletur per *legem idest ff. de reiuend.* superficiarium scilicet eum esse, qui in alieno solo superficiem ità consequitur, vt certam præstet pensionem, eo maximè concurrente, vt quàmdiu pensio præstabitur, auferri ei res à domino non possit, alioquin simplex erit conductor superficiei, non autem superficiarius.

Et proinde benè concludi potest hic, esse tertium genus contractus à locatione, & venditione distinctum, tale si locationem ad longum tempus promiscuam habere velis, quam vulgarem vocamus, cùm ea, cui additur quamdiù soluatur pensio, non posset nec vllo tempore locator rem suam à conductore auocare, confunderetur locatio cùm emphytheusi, & verba illa in pacto adiecta deseruirent de vento, ex quo non eadem lege quis rem accipit in emphytheusim, iàm ab initio totum ius suum nanciscens rei in perpetuo, etiam inuito domino retinendæ, quàm si per centum annos rem retineat reuocabilem, & ex accidentibus in locationibus solitis, & ad nutum locantis secundum *gl. in l. codicillis §. instit. ff. de legat. 2. in verbo extitisse.*

Vnde *Arias Pinellus in l. 2. parte 2. cap. 3. num. 8. de rescind. vendit.* affatur solam rescissionem ad vitam symbolam esse

20 emphytheusi, ille non sic indistinctè intelligi debet: cùm possit proculdubio locatio ad plures generationes concedi, & tamen non est emphytheusis, quia cùm vnum dumtaxàt reperiatur in iure nostro dominium, quod directum, & supremum vocant Doctores, omisso vtili, quod non probatur de iure nostro, vt patet apud *Par. ad rer. quotid. lib. 1. cap. 1. §. 2. num. 4. Dur. lib. 1. disput. cap. 17.* nullum dominium transire potest in emphytheutam, vt *in l. 1. §. qui in perpetuum ff. si ager. vect., vel emphyth. pet.*, vbi negat Iurisconsultus emphytheutas dominos vocari, adimens eis omne dominium. Nec facit ad rem actio reiuindicationis emphytheutæ concessa; quia ea directa non est, sed vtilis, quæ etiam de æquitate conceditur ei, qui nullum dominiũ habet *l. idem Pomponius §. de arbore ff. de reiuind. l. ad eo §. 1. & §. si alienam & in l. sed & si §. si arbor ff. de acq. rer. domin.* igi-

21 tur emphytheuta de iuris acumine nullum habet dominium, habet benè verum, dominij commoditatem, quæ dicitur ius in re, & ad rem, & ex isto detentionis iure: cùm non possit expelli ad nutum domini, quod dicunt laudimium; non verò in vulgari conductione ad lõgum tempus, quæ secundum *Toreatulum dialogo 19. num. 5. nullibi* reperitur pro-

hibita, quia fieri non potest, quando prohibitio de nouo inducta per Iustiniani constitutionem de non alienando, inrequisito domino, loquatur de emphytheusi dumtaxàt, & tanquàm odiosa non extendi de casu ad casum, vt per *Valasc. de laud. quæst. 26. & 27.*

22 Nèc verum est, quod dicitur, pensionem modicam scilicet intercedi debere in emphytheusi, & in locatione parem esse fructibus, quia non prohibetur, quin etiàm in emphytheusi sit par pensio fructibus, & constituta in recognitione dominij non erit locatio, sed benè emphytheusis: vndè ad cognoscendum emphytheusim requiritur pensio, cognitio dominij, & concessio ad vitam, vel ad aliquod congruum tempus secundum *Garzoniam loco cit.*

23 Et demum illa Doctorum opinio, quod conductor ad longum tempus habet aliquod ius in re, & ob illud habendus ceù dominus saltim vtilis, non est sic indistinctè accipienda; quemadmodum non omne ius in re, aut in rem causat dominium; alias etiàm creditor pignoratitius dicendus esset Dominus saltim vtilis, qui absque dubio ius in re habet ex illo vingulo pignoratitio *l. pignoris ff., & C. de pignorib.*, & intelligi debet de eo, qui conduxit cùm illo pacto, de quo supra, iuxtà *text. in d. l. vlt. ff. si ager.*, non verò de vulgari locatore, qui nullum ius habet in re, & de quo Prætor nullum Iudicium habuit in concedenda vtili actione, quemadmodum præuidit ei, qui fundum habet vectigalem, vel emphytheuticarium, iuxtà *text. in d. l. fin.* cùm in hoc vltimo non distinguit, an conduxerit fundum ad longum, vel ad breue tempus; sed benè an facta, cùm pacto illo desupèr pluriès repetito, quod in superficiario, qui maius ius habet in re, quàm simplex conductor omnino concurrere debet, quanto fortius in vulgari conductore? cū pactio isthæc est, quæ afficit rem, non vero qualitas temporis, quæ nullam habet facultatem alterandę obligationis *l. obligationum ferè §. placet ff. de verb. sign.*

24 Ex quibus satis dubia redditur apud me *decisio Regia Cameræ*, de qua apud *Iacobum Ayellum de iure adhoha num. 59.* & mentionem fecit *Capanus consimili in tract. quæst. 58. in princ.*, adoham scilicet soluendam esse à conductore feudi ad longum tempus, quando adohæ onus regularitèr non ad conductorem pertinet, redditum, & fructuum feudi, sed benè ad dominum, iuxtà *Alex. cons. 4. vol. 2. lib. 5. Episcop. lipar. ad Isern. in cap. 1. §. similitèr in uerbo adoliamenta de cap. Corradi*, rationem adducit *Anna cons. 3. inserto in d. tract. de adoha Capani sub nu. 19. folio meo 307.*, quia adoha est onus feudi, quod soluitur ratione vtilis dominij, quod est penès feudatarium, non penès locatorem, in quem nullum transit dominium, ergo non tenetur locator ad adoham, vt in specie *Alex. d. cons. 4.*, atqui ex supra positis, tempus non est modus alterandi contractum, ergo. Nec potest immutare, vt adoha, quæ ex simplici locatione spectat ad feudatarium, ad longum tempus facta, spectet postmodum ad conductorem, & esset contrà naturam feudalem, quæ licèt in multis sit symbola cùm emphytheusi, vt apud *Franc. Notom. in disput. de feud. quæst. 35. Valasc. de iure emphyth. quæst. 38.* ab hoc autem maximè distat; quia emphytheusis requirit pensionem, vt in *d. §. ad eo autem*, feudum verò pro fidelitate, & seruitio requirit adoham *cap. 1. qualitèr iurari debeat*: non verò pro pensione: nàm alias si quolibet anno fieret pactum de soluendo pecuniariam pensionem, esset proculdubio contrà naturam feudi *Valasc. d. quæst. 38. nu. 5. & Notomanus in loco mox supra citato*, quicquid irresolutè obseruauerit *D. de Luca ad D. de Franch. obseru. 123. in fine.*

Et quod dicunt Doctores, & signantèr *Couarr. uar. resol. lib. 2. cap. 16. in prin. sequutus a D. de Ponte in cons. 139. sub nu. 7.* ideo locationem ad longum tempus esse sub generali regula prohibitoria alienandi, inrequisito domino, quia dicta locatio tribuit ius in re, nō est simplicitèr verum, sed quia sic peculiari lege stat sancitum, nè fiant hæ tàm longæ locationes, inrequisito domino directo, pro vt de emphytheusi diximus supra *num. 12.*, de feudis adest peculiaris *constitutio diuæ Memoriæ* in verbo *locare*, quæ generalitèr fuit comprehensa

sub

sub alia constitutione *scire uolumus*, in quarum casu si accesserit consensus, tūc nihil aliud noui tribueret assensus, nisi habilitatem contractus locationis, quæ habilitas non faciet immutare naturam contractus, vt scilicèt locationis, efficeretur alienationis, quia repugnaret qualitas contractus, sed vt sit permissum emphytheuticario, & feudatario respectiuè posse locare ad longum tempus, & sic reduceretur contractus ad locationem vulgarem, & si longissimā, quæ tanquàm talis specificè retinet suā naturam: nec per assensum transiret in alium contractum diuersæ speciei, & naturæ: cum alienatio sit illa, quæ est in causa soluti laudemij, vt patet apud omnes.

25 Secundus principalis se offert casus, quando scilicet locatio fit cùm pacto affrancandi: tùnc enim contractus promiscuus nō potest naturam simplicis locationis habere, sed bene symbolizatur in emptionem, secundum *Cephalum conf. 90.num.20. Neuiz.cons.91. num.16.Crot. cons.72.num.41.Tiraq. de retract.lign.§. 1.gl.14.num.39. Bero cons.86.num.56. in fine lib. 1. & cons. 153.* post principium, *& num. 20., & 23. eod. libro*, & proinde hæc locatio est prohibita in omnibus casibus, in quibus est interdicta alienatio, secundum *Manticam de tacit. lib. 5. tit.7. sub num. 9. & 10.*, et in ea habebit locum, quando fieri possit, ius congrui *Rendella de iure proth.in verbo per locationem num. 4. vers.per pactum vero.*

26 Hinc est quod remissio solita fieri in vulgari locatione, cessat in ista permista *secundum Bursat.cons.11.sub num.12.vol. 2. Alex.cons.17.num.12.vol.4. & cons.76. num.5.vol.5. Ruin.cons.78.num.1.& cons. 114.num.4.uol.1.Carpan.ad stat.Mediolan. cap.398.num.5.vol.2.* non minùs si emisset fructus rei locatæ, iuxtà terminos *Hieronymi alacrentijs decis.Aucn.212. sub num. 7.*, vel si esset facta locatio pro affidatione animalium in pascuis, quia tùnc dicetur concessio vsus pascuorum *Afflict. decis. 290.*, quo casu differt vsus à fructibus, quia vsus stare potest absque fructibus, & si secùs fructus absque vsu stare non possint *l. per seruum §. fin. ff. de vsu, & habit.* & tùnc censetur potiùs facultas pascendi quàm fructuum locatio, ideo omne periculum pertinet ad conductorem *Sebast. Medic. de casib. fortuitis quæst. 10. num.87.vers.* non tamèn fit remissio *Polyd. Ripa obseruat. 323.sub num. 13.*, quòd intellige in pascuis non autem in pratis, quia herbæ in pratis sunt in fructu, non vero in vsu, vt probat *Barbatus noster in tract.de diuis.fruct. parte 1. cap. 6.* vbi dat hanc notabilem distinctionem, subdens, quod si ex pascuis recolligatur fænum; tùnc illud fænum erit in fructu, & de eo solui deberet decima, pro vt ex palea, per totas inibi per ipsum: declarando quod hic contractus potest esse promiscuus, tanquam informatus ab vna forma, nempe locationis.

27 Tertius se offert casus in locatione, quæ dicitur ad gaudendum, nuncupatus in iure antichresis, vt explicat *Andr. Gaill.pract. obseruat. lib.2.cap.3.* ad intellectum *l.si quis bona.§.1.ff.de pign. & hypoth. Anneus Robertus rer. indicat. cap. 8. lib. 2.* in qua pactum illud valde suspectum redditur, si conueniatur intèr creditorem, & debitorem, vt ante certum tempus lui pignus non possit, quia libera debet esse debitori luitio pignoris, non solum ne antichresis in fraudem legitimarum vsurarum dicatur facta, sed etiàm ne quid in fraudem Domini directi, & laudimiorum exactum videatur, vt aduertit *Ant. Faber loco cit. in fine*, & nos suo peculiari in loco fusiùs explicemus in vltimo titulo.

Ex quibus collige primo, quod habita consideratione, ad pensionis constitutionem in contractu factam, quæ si legitimo modo cesserit pretèr notissimos
28 terminos, & naturam contractus, vt quia fructibus pensio correspondeat, & essemus in dubio an locatio, vel alius contractus sit, dicendum, affirmandumque proculdubio erit, locationem potiùs esse, vt probant *Auar. Valasq. de iure emphyth.quæst.1.num.89. & seq.Garz. de expens. & melior. cap. 6. sub num. 27. Rol. à Valle cons.96. num.21. vol.1. Menoch.de præsumpt. lib.3. præsumpt.105. num. 5. & 6.& cons. 929. num.2.Grat. discept.forens. cap.351.num.13.Viu.decis.500. num.3. & 4.Thes.decis.20.num.5.D.de Franch.decis. 235. num.2. Rota Romana decis.564.p. 1. in*

in nouis, *& decis.* 539. *parte* 3. *Card. Seraph. decis.* 272. *num.* 2. *&* 3., tùnc enim expensæ factæ in re taliter concessa deducuntur: alitèr si erogatæ fuissent in re emphytheusi, quia pænès dominum remanent, finito tempore concessionis *Bursat. cons.* 23. *num.* 30. *Rol. cons.* 28. *lib.* 1. *Barbosa in l. diuortio* §. *fin. parte* 1. *num.* 70. *ff. solut. matr. Carpan. ad stat. Mediol.* 400. *num.* 84. *vol.* 2.

Collige secundò, quod si sortiretur contractus ille naturam emphytheusis, alitèr dicendum erit de expensis, & meliorationibus in re illa peractis, quando emphytheusis meliorata tàm Ecclesiastica, quàm secularis absq; emphytheutæ culpa finitur, & ad directum dominùm per lapsum temporis concessionis, vel inuestituræ terræ, vel generationem finitam reuertitur, ad ipsum emphytheutam, vel ad eius hæredes melioramenta, vel eorum extimatio pertinent, non vero domino directo *l. si senatus* §. *Marcellus ff. de legat.* 1. *vbi Ang. & Bald. in fine*, *& in l. in rem* §. *signum ff. de re iudic. Clar. in* §. *emphyth. quæst.* 45. *&* §. *feudum quæst.* 88. *Ant. Fab. suo in codice lib.* 4. *tit.* 43. *d. fin.* 24. *Ricc. collect.* 2128. 150., *&* 663. *D. de Franch. decis.* 191. *in princ. Rota Romana decis.* 186. *num.* 1. *parte* 2., *& decis.* 312. *num.* 2. *Carpan. dicto cap.* 400. *num.* 34. *&* 72. *lib.* 2.

29 Collige tertio, quod & si conductor ex natura contractus ad nihil locatori tenetur: tamèn ex pacto aliquo potest astringi, vt meliorationes in re conducta ab ipso factas retineat, vt voluit *Afflict. in cap.* 1. §. *si Vasallus num.* 6. *versic. finitur lex*, *Mantua cons.* 534. *num.* 4. *Bald. in l. Colonus lect.* 2. *ad finem ff. locati Molina de contract. disput.* 463. *sub num.* 5. pro vt sic intelligit *Garzia d. num.* 12. tamèn secùs in emphytheusi, in qua talis conuentio tanquàm contrà naturam contractus adhibita nihil proficit, quominùs non deducantur dictæ expensæ *Pinellus in l.* 2. *C. de rescind. vendit. parte* 2. *cap.* 3. *num.* 10. *Garzia d. cap.* 6. *num.* 12. *Ludou. decis.* 300. *num.* 21. *&* 22. *Cacher. decis.* 32. *num.* 48. *parte* 2.

30 Collige quarto, quod non tantum emphytheuta retinet expensas, & meliorationes in re emphytheutica factas, contrà pactum, vt suprà diximus: sed etiàm si aliàs per dominum sibi mandatum iniunctum fuerit, ne meliorationes fiant, & protestatur se non soluturum Meliorationes in posterum per ipsum emphytheutam faciendas, quia cùm tùnc etiàm iure contractus emphytheuta meliorationes faciat, in nihilum obstat inhibitio, & protestatio domini, quin emphytheuta in casibus prædictis meliorationes seù earum æstimationem repetat §. *scire autem auth. de non alien. Auar. Valasc. dicto tract. quæst.* 25. *num.* 9. *Amicus cons. tract. quæst.* 24. *licet Salyc. in l. fin. C. de negot. gest.* teneat contrarium, qui debet intelligi, quando actus ex voluntate prohibentis efficeretur illicitus *Garz. d. cap.* 6. *sub num.* 9. *Couar. var. resolut. lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 30. *&* 31. *Oddus de restit. quæst.* 47. *art.* 6. *num.* 29. secùs si iure contractus, & conuentionis gestum est *Grat. discept. forens. cap.* 193. *Caroc. de locat. tit. de expens. num.* 37. *Marzar. de fideicom. parte* 3. *q.* 66. quod cessat in locatione, quia tùnc prædicta protestatio iuuaret pro vt in alijs contractibus *Cardin. Tusc. concl.* 180. *lit. M. D. de Franch. decis.* 112. *Muta decis.* 51. *num.* 20. *Grat. d. cap.* 193. *Boer. decis.* 44. *Magon. decis. Lucens.* 81. *Capyc. decis.* 17. nisi fortè denunciatio sit facta tempore, quo speratur emphytheusim finiri, vel post litem motam, vel cæptam *l. aut si ante denunciationem ff. de rei vind. Boer. decis.* 44. *num.* 8., vel si expensæ necessariæ sint *Grat. d. cap.* 193. *num.* 14., vel etiàm nisi emphytheuta ex dolo consulto, sciens directum dominum non esse soluendo excessiua fecerit melioramenta *l. in fundo ff. de rei vind. vbi Bart. num.* 8. *Menoch. de recup. poss. ff. remed.* 15. *num.* 523. *& cons.* 683. *num.* 3. *lib.* 7. *Carpan. d. cap.* 400. *num.* 142. *Gama decis.* 310. *num.* 1. *D. de Franch. decis.* 110. *Ricc. decis. Cur. Archiep.* 229. *num.* 5. *lib.* 2. *Aug. decis. Luc.* 33. *num.* 27. *& seq.* insuper nisi expensæ sint Modicæ æstimationis, vel nisi pactum præcesserit à principio intèr dominum, & emphytheutam de non meliorando *Anton. de Amato var. resolut. lib.* 1. *resolut.* 13. *sub num.* 9. *&* 10.

31 Collige quinto emphytheusis meliorata ex speciali pacto, & necessitate conuentionis initę à principio cùm domino:

mino; nempè quia conuentum sit, vt fundus emphytheuticus certo modo, & cùm certis sumptibus ab emphytheuta edificetur, vel plantetur vinea ad certam quantitatem, certumque modum; finita eo casu, quomodolibet emphytheusi, siuè per tempus siuè per culpam, remanerent eiusmodi expensæ in beneficium domini, tanquàm ex necessitate conuentionis factæ: quia tùnc conuentio illa est pars contractus, & loco pretij habetur, vt in *l. fundi partem ff. de contrah. empt. cùm concord.*, & tùnc ex dicta conuentione poterit emphytheuta cogi per dominum ad conuentas meliorationes implendas, vel ad interesse *D. de Franch. decis. 191. num. 13. in fine Gama decis. 41. 337. & 339. Ricc. Collect. 2128, Card. Seraph. decis. 1496. Rota Romana decis. 208. parte 2.*, quod etiàm in locatione habet locum, vt par in vtroque casu sit ratio accedente conuentione.

32 Collige sexto, quod si emphytheuta meliorationes fecerit post incursam caducitatem ante litem contestatam, melioramenta repetit, secundum veriorem opinionem, quia post litem contestatam quilibet consideratur malæ fidei possessor *l. sin autem §. in re petita ff. de rei uindic. vbi gl. in verbo contestatam*, inquit, quod post litem contestatam possessor adeo se ponit in mala fide, & prædo fiet, vt æqualitèr cùm prædone reputetur, sequitur post alios *Garzia de expens. cap. 23. num. 14.*, qui etiàm voluit, vt etiàm quando reus exactis ne dùm ex nuda litis contestatione possit cognoscere rem ad se non pertinere *Ant. Fab. in suo Codice lib. 8. tit. 6. defin. 15. num. 4. Ricc. Collect. 404. Scaccia de conuersio, & Cambio. §. 1. q. 7. parte 2. ampl. 19. num. 135. Menoch. cons. 595. num. 5. 14. & 15.* cùm distinctione tamèn expensarum necessariarũ, vtilium, & voluptariarum; in necessarijs etiam factis mala fide, fit deductio, retentio, & repetitio per regulam *l. dominum in fine C. de rei uind. Boer. decis. 44. Garz. cap. 2. in princ. Valasq. d. quæst. 25. Caualc. decis. 36. num. 434. lib. 3. Peruf. decis. 24. num. 13. Muta decis. 51. num. 18. et 19. Grat. discept. forens. cap. 193. num. 14. Seraph. decis. 898. num. 3.* hoc ex necessitate impendendi necessariè, quod si omittit facere emphytheuta, domino resarcire tenetur arg. *l. ci qui. §. fin. ff. de pet. hered. Menoch. cons. 4. num. 371. lib. 1. et de recuper. possess. remed. 15. num. 514. Cancer. var. resol. lib. 3. cap. 6. num. 37. Peregr. de fideicom. art. 50. num. 26.*

In vtilibus verò, si absque læsione prioris status rei, abradi possint, ab emphytheuta tolli permittuntur, nisi eligat dominus illas soluere, quantum res extracta de re illa esset valitura, si enim sine rei detrimento tolli non possent sibi imputet emphytheuta, & amittit *Fach. contr. iur. lib. 1. cap. 55. per tot. Molin. de contract. disput. 455. sub num. 3. Carpan. d. cap. 400. num. 147. Cancer. d. lib. 3. cap. 6. num. 33. et seq.*

In voluptarijs verò idem est Iudiciũ pro vt de necessarijs, pro vt ex communiori Doctorum sententia notat *Anton. de Amato d. cap. 14. sub num. 20. uers. contrarium tamen*: nisi melioramenta sint facta post incursam caducitatem contrariam, & per sententiam declaratã, quia tùnc penitus amittuntur *Barbosa in l. diuortio §. fin. parte 2. num. 45. & seq. ff. solut. matr. Valasq. dicta quæst. 25. num. 4. Muta dicta decis. 51. num. 14. & 15.* & cui detur optio soluendi melioramenta, vel ea abradendi an emphytheutæ, vel domino directo vide *Amat. dicta resolut. 14. sub num. 38.*, & quid si melioramenta non essent liquidata an detur retentio rei melioratæ, & quid tùnc agendum vide eundem *Amat. sub num. 43. usq. ad num. 45.*

38 Collige septimo, quod melioramentorum debitor ad id tenetur, quod impensum est, quando res vltra impensam meliorata est, si verò impensa excedit meliorationem, & plus fuerit expensum, quàm res meliorata, tùnc soluere tenetur ad quod, & inquantum res meliorata esset, licet in emphytheuta, Vassallo, Marito, possessore fideicommissario, alitèr sit diffinitum per infinitos Doctores, quos longa remissione citat *Ant. de Amato d. resolut. 14. num. 63.* cæterum melior est opinio, vt id totum remittatur arbitrio Iudicis *Menoch. d. remed. 15. num. 565. & de arbitr. casu 258. Thes. decis. 251. num. 3. & 4. Marescot.*

var. resolut. lib. 1. resolut. 23. num. 15. ex facultate *text. in d. l. in fundo*, ibi, *bonus Iudex ex personis, causisque constituit, & in d. l. domos*, ibi, *boni viri arbitratu*.

39 Collige octauo, quod emphytheuta, liuellarius, & superficiarius, vsusfructuarius, maritus, conductor, legatarius rogatus rem legatam restituere, Prælatus, sunt symboli in non compensando expensas, & melioramenta, cùm fructibus ab ipsis respectiuè perceptis, pro vt notat *gl.* communitèr recepta in *l. emptor verbo superfluum ff. de reiuind. Doct. omnes in l. sumptus, & l. in fundo ff. eod. & in l. domos ff. de leg. 1. Ruin. cons. 14. vol. 4. Bocr. decis. 44. num. 15. Carpan. d. cap. 400. nu. 284. Grat. d. cap. 39. Ricc. Collect. 1332. in princ. Afflict. decis. 89. num. 6. vbi per Vrsil. D. de Franch. decis. 109. num. 4. sese decis. Regni Arag. 71. num. 5.*, secùs si percipiantur fructus ex nuda sola bona fide, quia tùnc habebit locum dispositio *d. l. sumptus*, & tùnc fit compensatio cùm fructibus, vt post alios firmat etiàm *Anton. de Amato. dicta resolut. 14. sub num. 69.*

40 Collige nono, quod dispositio *text. in l. nè cui C. locati* non habet locum in locatione etiàm ad longum tempus, quia tanquàm facta ad tempus non transfertur nec vtile dominium, nec possessio, vt supra probauimus, secùs in emphytheusi *Gizzarell. decis. 6. in fine*.

41 Collige decimo, & vltimo, quod emphytheuta meliorans rem emphytheuticariam, pars est cùm locatore meliorante rem conductam, vt saltim de æquitate præferantur in re emphytheutica, & conducta, *Garz. de expens. cap. 18. num. 8. Aluar. Valasc. de iure emphyb. quæst. 1. num. 20. ad finem, & q. 2. num. 7. Bursat. cons. 24. num. 8. vol. 1. Afflict. in cap. si contingerit magn. vel fil. num. 10. etiam si* domina sit Ecclesia *Caldas Peryra, Ricc. Clar. Visc., & Seraph. in locis relatis à Iosepho Mele ad Gizzar. d decis. 6. sub num. 42. ad* 48., vbi sub *num.* 45. singularitèr dicit, quod si conductor neget rem locatam restituere dicitur spoliare, tamen non talis erit si fecerit melioramenta.

A R G V M E N T V M.

An locatio sit symbola cum venditione plùribus a non Domino facta.

S V M M A R I V M.

1 *Res aliena, & vendi, et locari potest.*

2 *Emptio, et locatio quemadmodum symbolæ circa res alienas, vt ea vendi, et locari possint respectiuè; sint etiàm tales circa possessionem à non domino traditam.*

3 *Dominium an trãsferatur per traditionem possessionis à non domino traditæ.*

4 *Dominium an transferatur per solum consensum.*

5 *Titulus conductionis non est habilis ad trasferendum dominium.*

6 *Possessionem rei locatæ tradere in conductorem idem est, ac si patiatur locator vti frui conductorem re locata.*

7 *Venditor in locatione tenetur probare traditionẽ rei venditæ perfectam emptori, in locatione totum oppositum, in qua incumbit onus probandi conductori non sibi permisisse per locatorem re conducta vti, frui.*

8 *Contractus talis esse debet in emptione, ex quo possit dominium in emptorem transire.*

9 *Dominij quæstio inter ementes fieri non potest.*

10 *Emens à non domino bona fide habet publicianam.*

11 *Locatio quando sit symbola cùm pignore.*

12 *Quæstio de dominio transferendo fieri non potest tàm in venditione, quam in locatione, et pignore declara, vt n. 13.*

14 *Pignoris præstatio quomodo sit potior.*

15 *Creditor nullus sub falso pignore creditum suum collocare creditur.*

16 Pi-

16 *Pignus in quo differat ab emptione.*

17 *Venditor non dominus an plus prestet vendendo, & tradendo rem emptori, quàm qui vendit dumtaxàt.*

18 *Par causa an sit in re pignorata pluribus à non domino tradita.*

19 *Quem de euictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio.*

20 *Mercedem soluere tenetur ex pluribus conductoribus, qui prius vsus est re conducta.*

21 *Emens à non domino, & possidens, an præferatur emptori à vero domino, & non possidenti.*

22 *Possessio iustius traditur ab eo venditore, quàm à se ipso.*

23 *Locatio facta à pluribus, quorum vnus erat dominus, alter vero non dominus quomodo procedat.*

CAP. IV.

1 EST indubium in iure nostro rem alienam, & vendi, & locari posse *l. rem alienam ff. de contrah. empt. l. si tibi rem alienam ff. locat.*, ex quo eo tempore, quo conductor non fuerit impeditus vti frui re locata, tenetur pensionem soluere *l. si quis domum in princ. ff. locat. Bero cons. 148. num. 15. lib. 1. Mantica de tacit. lib. 5. tit. 3. in princ. post eos Acat. Ripoll. var. resolut. lib. 12. tit. de locato num. 355. Petrus Gregor. Tholos. syntagm. iur. ciuil. lib. 27. cap. 1. num. 4.*

2 Dubitari non ineleganter contingit, an sicuti emptio, & locatio in hoc sint symbolæ, videantur tales etiàm esse circa traditionem possessionis à non domi-

3 no debitam: cùm nulli sit incognitum per traditionem à non domino factam dominium transferri non posse: cùm per traditionem nihil aliud transferri videtur ad accipientem, quàm id quod apud tradentem reperitur tempore traditionis iàm factæ *l. tradition. ff. de acq. rer. domin.* & tamèn non dubitatur in venditione facta à non domino potiorem esse eum, cui priùs res tradita est *l. si ea res ff. de act. empt.* igitur ratione symboli, locatio, & venditio debent eodem iure censeri arg. *l. 2. C. loc.*

4 Cæterum, suprapofito argumento nō obstante, apertissima ratio inter vtrumque contractum in hoc casu dissimilitudinis est: cùm in venditione ideo constitutum est, vt is, cui primo loco tradita fuit res præferatur, quod licèt vēditio solo consensu perficiatur, sicut, & locatio, dominium verò ex sola venditione haud transfertur, non magis, quàm ex pacto nudo, sed tantum per traditionem ex causa venditi subsequuta *l. traditionibus C. de pact. §. vendita instit. de rer. diuis.*

Ad eo quod ex hoc eliciunt Doctores differentiam etiam inter emptorem, & venditorem, & si in cæteris sint etiam symboli: nàm si absoluto contractu emptionis, & venditionis, emptor soluat venditori pretium rei emptæ, nō potest præcisè cogere venditorem ad rem sibi tradendam: nam & si verum sit, venditorem contractum ex parte sua adimplere; cùm rem tradat, emptor etiam cùm pretium soluat, *l. ex empto. ff. de act. empt. l. quod vēdidi, & l. vt res, ff. de contrah. empt.* tamen non æquali, sed inæquali forte fit traditio, & solutio, & si in vtroque casu ampliùs res integra non dicatur: quandò enim absoluto contractu, venditor rem tradit, potest dubio procul cogere emptorem præcisè ad sibi soluendum pretium, & tùnc emptor tenetur ad dādum; & numerandum pretium emptori, & sic non potest se pœnitere in non dare, & pecuniam numerare, in qua numeratione nullum factū emptoris requiritur, quasi manibus suis pecuniam numerare cogatur, & sufficiet si quilibet pro eo soluat, & authoritas Iudicis, quæ succedit ex causa in uicem iustæ obligationis, *l. si ob causam, C. de euict. l. 1. C. si caus. Iudic. pign. cap. sit.* Secùs si emptor soluat pretium; venditor verò non tradat rem: tùnc enim ex quo rei traditio est quid facti, *l. consilio, §. vlt. ff. de curat. furi.* Nemo vnquam, siuè ex bonæ fidei, siuè ex stricti iuris contractu ex facto præcisè condemnari potest, sed ob non factum, id, quod fieri debuit ad id, quod interest, *l. si quis ab alio in fine, ff. de re iud. l. stipulationes non diuiduntur, l. quoties qui alium, ff. de verb. oblig.* Causat pretij illa solutio actionem duntaxàt ex empto, quàm exinde exercere, & proponere emptor potest contrà vēditorem, *l. Iulianus, §. offerri, ff. de act. empt.* equidē

ad hoc vt res tradatur, quæ non fuit, vt ab inuito venditore traditionem, quæ nisi per ipsum fieri debet,& non per alios, prout solutio,si per procaciam,& contumaciam suam malit venditor præstare, quanti emptori ob eam interest causam, quàm rem tradere: Vndè in hoc dignosce minoris potestatis esse ex parte emptoris actionem ex empto, quàm ex parte venditoris actionem ex vendito: emptor enim semper præcisè astringi potest ad soluendum pretium, & si solutio pretij non minùs quam rei venditę traditio est facti, vt diximus; tamèn excipitur causa solutionis faciendæ pecunia numerata. Vēditor verò nunquàm: licèt rem ipsam tradere ex natura contractus debeat, vt fides sua sit salda, ne de ea rupta argui possit, prout notatur *in l. ex empto*, §. 1. *ff. eod.*sed si non tradat conueniendus est eo nomine ad tradendum quidem, vt *in l.si Pater in fine,C.eod.*& non præcisè,sed alternatiuè, vel ad tradendum, vel ad præstandum id quod interest, vt probatur per Iustiniani Constitutionem *in l.contractus,C.de fide instr.*

Ex quibus sumitur praxis,vt talis cōcipiatur per aduocatum libellus, in quo alternatiuè petat à venditore,vel rem sibi tradat, vel quanti interest præstet; aliàs si insola rei traditione præcisè concluderet aduocatus inceptum concipiet libellum, & exinde ineptissima sequeretur sententia, quoniam qualis libellus, talis quoque sentētia esse debet,*l.vt fundus ff.com.diuid.* vbi ratio redditur,quia vltra id, quod in iudicium deductum est excedere potestas Iudicis haud potest, & stultus dicitur Iudex, qui speciem aliquam petenti adiudicat æstimationem, *l.vlt.C.de fideicomm. libert.* atqui nō posset in condemnationem deduci, vt cogetur pręcisè venditor rem tradere cùm traditio sit facti,*d.l.concilio*, ad quod nemo cogendus est,nè citrà vim,& impressionem facere dicatur.

Erit enim non solum frustratoria sententia, sed quod magis inanis eiusdem executio, quæ nullum aliud remedium in se habere potest,quàm manum Regiā, quæ violentiæ speciem aliquam in se habet, & quamuis eo iure vtamur in præsentiarum, tamen id explicamus in actionibus arbitrarijs locū habere, si iussus reus arbitrio Iudicis rem aliquam restituere parere nolit, *vt in l.restituere, ff. de rei vindic.* vel quando essemus in obligationibus naturalibus, vt dicebat *D.Theod. alleg.13. num.10.* in actionibus verò personalibus, quæ non arbitrariæ sunt, sed bonæ fidei non idem est seruā-dum,sed potiùs dispositio *text. in l. 1. C. de exec.& exact.*vbi præcipitur executoribus ipsis,& exactoribus tributorum,ne cui per terrorem militarem inferant formidinem, prout in symbolo manuum inectionis, quæ tanquam violenta, nec etiam conceditur emptori ad rem suam venditam capiendam, non sibi soluto pretio,vt contrà *Afflictum decis.339.* optimè probat *D.Reg.Rouit. decis.7. sub n.6. 7.8. & 9.*nisi adsit speciale pactum,secūdum doctrinam *Baldi in rubr. C. de contrah. empt. & Corn. cons.297.* rem enim auferri à venditore, & ad emptorem transferri potest manu Regia; dominium verò rei, vt cùm re tradatur hoc facere haud potest manus Regia, quia quotiescumque de dominio transferendo agitur,requiritur animus tradentis, qui inuitus efficitur per manum Regiam, & sic nunquam manu Regia faciet, vt concurrat animus transferendi dominium in eo, qui vim patitur, cuius non tantum voluntatem, & consensum interuenire oportet, vt transferatur dominium, sed etiam factum aliquod non nudam petiētem induens; nuda enim patientia locum habet in rebus, quæ verè, & propriè tradi non possunt, *l.vlt.ff.de seruit. l.3. ff.de vsufr.* non verò in rebus corporalibus, quæ tradi commodè possunt *l. 1. §. vlt. ff.de rer.diuis.& in l.in traditionibus,C.de pact. & l.nunquam ff. de acq. rer. domin.* est absolutissimum in iure animum cuiuscumque imperari non posse, vt probat *Vlpian. in l. qui aliena §. vlt.* alias *l. eum qui ff.de acq.hered.* ibi, *eum qui metu verberum, vel aliquo timore hæreditatem adierit fallens non est fingens, se habere animum adeundi,quem non habeat, neque hæredem ipsum fieri si liber sit, neque hæredem facere.Dominum si sit seruus, quoniàm ad acquirendam hæreditatem animo acquirendi opus est, qui ex voluntate, & imperio solius domini non pendet*: vndè si

verum

verum ſit, vt poſſit venditor cogi ad
tradendum, non enim exinde eſſet, vt
inuitus, dominium rei venditæ transfe-
rat in emptorem, quod eſt requiſitum
neceſſarium de eſſentia venditionis, &
proinde reſeruari non poteſt: niſi in
quantum cauſet hypothecam in re ven-
dita habita fide de pretio, vt mirabili-
tèr probat *D. Hodierna ad Surd. deciſ. 157.
num. 13.*, & poſt eum *D. Altim. obſernat.
7. ad deciſ. D. Reg. Ronit. prop. princi-
pium.*

Et ſic, vt redeamus ad inſtitutam
quæſtionem, cùm inter plures empto-
res de dominio contendatur, non poteſt
eſſe, niſi is ſolus, cui res tradita fuit, ma-
nente debitore obnoxio, cæteris emp-
toribus, vel crimine ſtellionatus *l. 3. ff.
de crim. ſtellion.*, quando habito pretio
ab omnibus ſcientèr pluribus inconſtans
vendit, ſecundum *Salyc. in l. quoties num.
6. C. de rei vind.*, vel actione ex empto ad
intereſſe, cùm ex venditione rem trade-
re debuerat, quàm tradidit ſecundo
emptori, niſi habita fide de pretio ven-
ditori pretium non ſoluatur, & rem
alteri vendat ſecundum tradita per *D.
Ronit. d. deciſ. 7. ſub num. 11. verſ. & qua-
tenus.*

5 In locatione, & conductione verò
non idem ius eſt, cùm in ea non agitur,
vt dominium conductori transferatur:
cùm titulus locationis, & conductionis
non ſit habilis ad dominium transferen-
dum in conductorem, ſicuti cauſa ven-
ditionis eſt habilis ad in emptorē tranſ-
ferendū dominium, cùm ea traditio di-
catur nuda, & iniuſta cauſa, & conſe-
quentèr non poteſt eſſe efficax, adhoc,
6 vt dominij translatio inducatur *l. nun-
quam nuda ff. de acq. rer. domin.*, & in hoc
grauiter videtur deceptus *Mareſcottus
var. reſolut. lib. 1. cap. 88. num. 5.*, quando
voluit locatorem eſſe obligatum poſſeſ-
ſionem rei locatæ tradere, & ſucceſſiuè
pati, vt conductor vtatur, & fruatur re
conducta, quia iura per ipſum allegata
loquuntur per verbum *præſtare*, non au-
tem per verbum *tradere*, & ſic verbum
illud infertur ad pacientiam, quæ præ-
ſtari debet per locatorem conductori,
vt re conducta frui poſſit, quæ habetur
vice traditionis, aliàs ſi vultra pacien-
tiam præſtandam, requireretur rei con-
ductæ poſſeſſio, vtique obſtaret ad ver-
ſus locatorem exceptio rei non traditæ,
pro vt obſtat contra venditorem, ad tra-
dita per *Thor. compend. deciſ. Regni parte
3. ſelect. 3. in verbo traditio, & apud nos
de aſſiſt. quæſt.* .... & in hoc differt etiam
7 venditio à locatione, quia in venditio-
ne venditor tenetur probare traditionē
rei venditæ per ſe factam emptori, vt
patet apud eundem *Thorū*, in locatione
verò totum oppoſitum; in ea enim in-
cumbit onus probandi conductori, non
ſibi permiſiſſe locatorem vti frui re con-
ducta *Oſaſch. deciſ. pedem. 51. num. 3. Alex.
conſ. 127. col. 2. vol. 5.*, *ſequitur Acatius
Ripoll. var. reſolut. d. cap. 12. ſub num. 301.*

Proindè ſi ſola pacientia vice tradi-
tionis eſt neceſſaria in locatione, quòd
intereſt an conductori primo, vel ſe-
cundo, tradita ſit rei poſſeſſio rectè; cùm
ſolo conſenſu contractus perficiatur, ne-
que traditionem illam requirat, nequi-
dem ad effectum, & implementum, ſed
tantùm, vt locator præſtet pacientiam,
vt elegantiſſimè apud *Ant. Fabr. de error.
pragm. decade 24. error. 10. verſ. quid er-
go folio meo 910.*, & ſic intelligendus eſt
Mantica de tacit. lib. 5. tit. 1. ſub num. 17.

8 In emptione enim contractus talis eſ-
ſe debet, ex quo poſſet dominium in
emptorem tranſire, quia tametſi princi-
paliter non agatur intèr emptorem, &
venditorem, vt res tradatur, ſed tan-
tum, vt vacua rei poſſeſſio detur empto-
ri, & hoc quando venditur à non do-
mino, ſubſequitur tamen, vt ſi vendi-
tor ſit Dominus tranferat etiàm cùm
poſſeſſione dominium, quod habet, id
etiam eſt, ſi plures à non domino rem
emiſſent, quem dominum eſſe putabant,
& bona fide, ratio eſt, quia non ſolum
quoad venditoris perſonam ſpectat, ſed
9 etiàm intèr ipſos ementes dominij quæ-
ſtio fieri non poteſt, ac ſi a vero domi-
no emiſſent *l. vendicantem ff. de euict.* Imò
cogitur ad implendam venditionem ſu-
perueniente dominio, vt illud tradat
emptori, & in hoc locum ſibi vendicat
opinio *Afflict. deciſ. 339.*, vt ſcilicèt de-
nuo teneatur venditor transferre verum
dominium ſibi poſt venditionem quæſi-
tum tanquam non domino, effecto vero

Digitized by Google

domino quinimo ei, cui primo possessionem tradidit licet non dominus, ex
10 quo si secus succederet, quod qui à non domino bona fide emeret, non haberet, vtique publicianam aduersus extraneum possessorem contrà *text. in l. 1. & pen. ff. de public. in rem act.*, quæ actio, & si prætoria, reiuendicationis vice impartitur, vt qui à non domino emit bona fide, & in eo est, vt viucapere possit, pro eo habetur, ac si dominus iàm factus esset *§. namque instit. de act.*, quod in nihilo concordat cùm locatione.

11 Est bene verum, quod locatio in hoc potius est symbola cum pignore, quia licet pignus non nisi re, & traditione contrahatur, quatenùs ab hypotheca distinquitur, quæ solo consensu perficitur: verum statim atquè conuenit de pignore, constat obligationem contractam fuisse, & pignoris vingulo rem obligatã, vt non tantum aduersus venditorem, sed etiam aduersus quemlibet extraneum possessorem hypothecariã exercere valeat, & proindè intrat in hoc illa regula *prior in tempore*, hoc est qui priùs contraxit, est potior in iure pignoris; non vero is, cui priùs pignoris possessio tradita fuerit, vel qui prior de pignore vendendo conuenit *text. in l. creditor §. vlt. ff. qui pot. in pign. habeant*:

12 Nec obstat si obijcies in venditione similitèr perinde vsum venire posse, prout in locatione, & pignore, vt de dominio transferendo quæstio fieri non possit, quando eadem res pluribus à non domino vendita proponatur: cùm traditio à non domino facta, nihil amplius spectari possit, quàm id quod versatur in iure possessoris *l. traditio ff. de acquir. rer. domin.*, sed non Dominus nihil dominij possidet, ergo.

13 Quia respondetur quod in illo etiàm casu, in quo venditio à non domino facta est, potiorem esse ex emptoribus eũ, cui res priùs tradita est *text. in l. si ea res vlt ff. de act. empt.*, ergo idem seruandum in locatione, hoc negatur: quia quamuis tali in casu non magis ex venditione, quam ex locatione dominium transferri possit, venditionis tamèn contractus talis est, ex quo possit dominium in emptorem transferri, si dominus venditor fuisset: licet id non agi soleat intèr emptorem, & venditorem, vt dominium transferatur, sed vt tantùm vacuæ rei possessio emptori tradatur: quoniàm res quoque aliena vendi potest *l. rem alienam ff. de act. empt. l. ex empto ff. de contrah. empt.*, & consequentèr venditor si est dominus, transfert etiàm dominium, quod habet, id fortiùs quando plures emunt à non domino, quem dominum esse putarunt ex bona fide, vt non solum seruetur, quod iuris est respectu ipsorum, qui à non domino emerunt; hoc est, si fortè eius rei dominium venditori post modum acquiratur, non magis dominij quæstionem facere, & proponere possit, quã si iàm ipso venditionis tempore dominus fuisset *l. vendicantem ff. de euict.* Imò vt cùm effectu cogatur implere venditionem secundũ *text. in d. l. si quis alienam*: hoc est dominus, quod venditionis tempore non habuerit; nũc verò habet, in emptorem transferat, vt supra probauimus.

14 Quo exemplo, tradit *Faber loco cit.* idem quoque constitutum esse in pignore: vt quamuis non possit pignoris vingulo res obligari nisi à puro domino *l. & quæ non dum §. quod dicitur ff. de pign.*, debeat is præferri, qui prior conuenit de pignore, non verò is, qui prior factus est possessor *l. si non dominus ff. qui pot. in pign. hab.* ratio est, quia & si origo pignoris sit falsa in contrahendo, eius tamen imago vera est, vt habeat eandem iuris dispositionem, sicut homo pictus falsus est, eius tamen imago vera est secundum *D. Augustinum de libero arbitrio*: sic venditio facta à non domino regulatur à vera venditione: eo magis in persona

15 venditoris pignus accipientis nunquã mala fides cadere potest: cùm nullus sit ad eo fatuus, vt suum creditum, sub falso pignore collocare scientèr intendat, quia in pignoris datione nihil aliud agitur: nisi vt res ipsa obligetur, quando iàm persona est obligata ex necessitate præcedentiæ in actione hypothecaria:

16 in venditione vero, nisi persona obligetur, non verò res ipsa, & hoc est discrimen intèr pignus, & emptionem, pro vt etiàm esset, si à diuersis non dominis plures pignus acciperent, melior esset

esset conditio possessoris, non verò qui primo conuenit de pignore *d.l.si non dominus*.

In emptione verò nihil interest, an ab eodem non domino, an à diuersis plures emerint, sed omnino præferatur is, cui priùs res tradita sit *d.l.si ea res*, hoc ideo, quia traditio illa esset, per quā dominium in emptorem transferri de-
17 buisset, si dominus venditor fuisset, & si neutèr sit dominus, pluris tamen præstat venditor, qui rem alienam vendit, & tradit, quàm qui vendit tantùm, & non tradit, nec ex hoc cogi posset posterior, qui contraxit, & cui priùs res tradita, vt primi emptoris intentionem excludat, obijcere de non dominio venditoris communis, quia & si venditor etiàm dominus fuisset non ideo in emp-
18 torem dominium absque possessione transtulisset, non enim ex sola possessione dominium probatur, secundum *gl. in l. ob meritorum* per illum *textum in verbo occupatæ C. ne vxor pro marito* licèt præsumatur secundum *D.Reg. de Ponte cons.22.sub num. 6. vol.2.*, vbi ex sententia *Salycet.in d.l. ob meritorum num.2.* affirmat, quod quando aliquis est spoliatus possessione; & petit id reuocari, quod probet, quod tùnc temporis tenebat, & possidebat, ex qua possessione præsumitur dominus, pleniùs apud *Petrū Greg.Thol.syntagm.iur.ciuil.Vniu.lib.1.cap.13.in princ.*

Cæterum cùm tractetur de pignore à pluribus non dominis conuento, sicuti nulla ex pignore nascitur obligatio, ità neque ambigi potest, vter priùs ab hoc, vel ab illo pignus acceperit, parque omnium causa est, licet prior ab vno, posterior ob altero contraxerit, ex quo præter conuentionem nihil aliud creditori ius pignoris tribuere possit: quemadmodum nihil commune habeat traditio cùm conuentione pignoris cōstituenda, quod altèr est: cùm diuersi ab vno non domino pignus diuersis tēporibus acceperint, quia is, qui posterior conuenit de pignore licèt sit etiàm possessor nō potest dicere datum pignus à non domino, quia eodem iure, & sic
19 nullo, pignus retinere fateatur, & proindè intrat regula, quem de euictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, & tanquam pares in causa, prior erit qui contraxit. At cùm à diuersis non dominis pignus constitutum est, poterit retorqueri argumentum à possessore contrà primum, qui contraxit, quod pignus à non domino non nisi inutilitèr constitui potuerit, ac cùm etiàm par sit omnium causa, conditio erit melior possidentis, ex regula illa, quæ obijci solet aduersus extraneum, qui nullum ius in re, vel ad rem habet, possideo scilicèt, quia sic possideo *l. vlt. ff.de acq poss. Ant.Fab.d.decade 24.num. 10.in versiculo, ac cùm à diuersis*.

Et ità hoc nullatenùs potest esse symbola locatio, de qua nulla quæstio do-
20 minij fieri potest, sed de pacientia vtēdi, fruendi dumtaxàt, quæ semper, quod aliter non fuerit elisa, non facit locationem symbolam diuersis conductoribus, quia is teneretur mercedem soluere, qui prior vsus fuerit re conducta, & si prior contraxerit, licèt priori contrahenti postea fuisset rei locatæ possessio tradita, nec in hoc symbolus est vēditor cum locatore, quia venditor post rem locatam potest, cui vult eandem rem vendere, vel donare, & emptor, vel donatarius tanquā singularis successor potest proculdubio conductorem à re locata expellere, secùs locator, qui alteri locando post factam primam locationem præbere nullo modo potest facultatem secundò conductori, vt primum expellet.

21 Potest tamen esse symbola in eo dumtaxàt casu, quando vnus emit à non domino, & possidet, & alter emit à domino absq; possessione, tùnc enim quia iustior est contractus emptionis factæ ab eo, qui emit à domino eo à non domino tractato; præferendus est, qui iustius contractat, & si minùs emptori tradita fuisset possessio, prout explicat corruptam literam *text. d. l. adeo §. vlt.* in illo verbo, *ius eius*, quod sit legendum, *iustius*, *Ant. Fab.loco cit. vers.vt taceam*, hoc est iustius apprehendit: cùm iustius apprehendat possessionem is, cui res traditur ab eo venditore, quàm qui propria authoritate eam occupat: licet dominus non sit is, qui tradit, concordat

cum

cum eo, quod subsequitur, ibi, *si aliter ex nobis à domino emisset is, omnino tuendus est, non quod contra traditionem dominus fieri possit (subdit Faber) sed etiàm quia si dominus non sit iustius habet possessionem rei empte à domino, qui eam occupauit propria authoritate, quàm qui traditam accepit à non domino venditore*. At si in venditione iustior est possessio, quam adipiscitur emptor propria authoritate ea, quam tradidit non dominus, quia dispar est causa quæstionis dominij, quanto magis in locatione, & conductione, vbi non tantùm dispar sed nulla datur dominij quæstio, excepta pacientia, quæ præstari debet conductori, quæ maioris roboris est, quando à domino locatore præstetur, quàm quando à non domino.

23 In eo casu quando facta fuisset locatio à diuersis personis, à pluribus quorum vnus erat dominus rei locaræ, alter verò non dominus, & si ambo non domini, regula erit prout tradidimus de pignore, & hypotheca, data tamen in locatione prioritate percipiendi fructus rei locatæ, & si à pluribus non dominis facta esset locatio diuersis, potior erit similitèr prior in perceptione concurrenti pari causa in omnibus, & sic intelligas de venditione fructuum facta in herba, vt per *Caroc. d. loc. cit. de vendit. in herba quæst. 6.*

ARGVMENTVM.

An locatio sit symbola cùm fructibus, an cum interesse in casu non seruati contractus.

SVMMARIVM.

1 *Locatio est symbola cum fructibus.*

2 *Emptio fructuum rei locata, quod destruat locationem eiusdem primo loco alteri factam non desunt Doctores id affirmantes.*

3 *Emptor nanciscitur possessionem, & dominium rei empta.*

4 *Emptor fructuum nullum ius habet in fundo, quo fructus percipere possit.*

5 *Fructus quamdiù non sunt à solo separati, tamdiù emptor eorum remanet sine iure ad illos quarendum.*

6 *Fructus à solo non separati retinent eãdem naturam, & conditionem, quam habet fundus.*

7 *Fructus pendentes non veniunt in confiscationem rerum mobilium.*

8 *Ius habens decimandi in aliquo fundo dicitur habere partem fundi.*

9 *Prohibitus alienare rem, non potest fructus pendentes non dum perceptos alienare.*

10 *Dispositio eadem, qua viget in fundo militat etiàm in fundi fructibus.*

11 *Fructuum dominium acquiritur conductori solà perceptione, emptori vero sola separatione, & num. 12.*

13 *Præuentio datur intèr locatorem fundi, & emptorum fructuum eiusdem, ad illos suos faciendos, & num. 14. 15. & 16.*

17 *Pacientia habetur loco traditionis in locatione.*

18 *Emptor tùnc dicitur iustè possidere quando à venditore res vendita sibi transfertur.*

CAP. V.

Evenit multoties Dominum rem vni locare, & fructus rei locatæ alteri postmodum vendere, vel vni rem locare, & subito eandem rem locatam alteri similitèr locare, dubitarique contingit, cuius potiùs erit ius ex istis contrahentibus, & quæ actio detur contra dominum incostantem, an ad tantundẽ, vel ad interesse, & an locationis con-

1 tractus sit symbolus cùm fructibus, & cũ interesse in casu non seruati contractus: nàm si locatio erit symbola cum fructibus, vtique emptio facta de eis rei locatæ, non dissoluet primam locationem, si verò cũ interesse erimus in opposito. Et

2 Et non desunt Doctores, qui aperto
pectore contempserunt, emptionem
fructuum rei locatæ destruere loca-
tionem primo loco factam eiusdem
rei, ex illa potissima ratione, quia emptor
fructuum, iuredominij fructuum, quod
sibi transfertur, sit potior conductore,
in quem nullum dominium transferri
potest, & sicuti nous rei locatæ dominus
non tenetur stare colono, siuè conducto-
ri, et potest etiam à re conducta expelle-
re, *l. emptorem, C. locati*, sic etiam emptor
fructuum: cùm inter eos nulla possit assi-
gnari dispar ratio, inter quos obiam fa-
cit *Caroc. de locato, & conducto tit. de suc-
cess. q. 33. in princ.*

Cæterùm supradictorum sententia,
quâto symboliori est applicata dispositio-
3 ne *d. l. emptorem*, tanto longior est ab eius-
dem comprehensione: nàm licèt emptor
fundi locati stare non compellatur colo-
no, vel conductori, illud est, quia emptor
nanciscitur dominium, & possessionem
rei emptæ, & proindè fit Dominus fun-
di, & consequentèr etiam Dominus fru-
ctuum in fundo existētium tāquàm eius-
dem partis, *l. fructus, ff. de rei vendic.*
4 emptor enim fructuum nullum ius ha-
bet in fundo, quo fructus emptos perci-
pere possit, nec etiam in fructibus quam-
diù in fundo sunt, tanquàm consistenti-
bus in vnum, idemq; corpus cum fundo,
quem non locauit, nec emit emptor fru-
5 ctuum, & sic quamdiù fructus non sunt
à solo separati, tandiù emptor eorum
remanet sine iure percipiendi eos, quan-
do symbolum est cùm iure primi loca-
toris fundi, nunquàm enim fieri potest,
quamuis, et dominium fundi speretur à
fructibus in fundo pendentibus, & qui
Dominus est fundi dicetur etiam Domi-
nus fructuum in fundo existentium, ta-
metsi separati fiant emptoris percipien-
tis, iuxtà *text. in l. seruus, § locani, ff. de*
6 *fruct.* & non separati retinent eandem
naturam, & conditionem, quam habet
fundus, in quo pendent, *l. fructus penden-
tes, ff. de reiuend.* nedùm in iudicio rei
vendicationis, sed etiam in actione per-
sonali, *l. fin. § fructus, ff. quæ in fraud. cre-
di. Tiraq. de retract. lignag. § 1. gl. 7. n. 37.
D. de Franch. decis. 409. num. 2.* æquitatis
ratio suadet, vt quæ ex nostris gignuntur
nostra fiant, eorumque nobis commo-
dum pertineat, *l. secundum naturam, ff. de
reg. iur. cap. qui sentit de reg. iur. in 6.*

7 Hinc est, quod voluit *Afflict. in Consti-
tutione Regni grandis vtilitas num. 6. &
in Constitutione si quando aliquem nu. 11.*
quando dixit in confiscatione bonorum
mobilium non venire fructus pendentes
tempore annotationis facciendæ, iuxtà
dispositionem dictæ *Constitutionis Grā-
dis Vtilitas* statuentis in pœnam contu-
maciæ puniri contumacem in tertiam
partem bonorum mobilium.

8 Euenit etiam ex illo inseparabili iure,
posse, qui decimandi ius habet in aliquo
fundo, dici habere etiam partem in illo
fundo, quapropter poterit inhibere Do-
mino, ne colligat fructus, ex quibus sibi
decima debetur eo irrequisito, secundùm
originale dictum per *Spec. tit. de decim.
§ fin. & Ioann. Andr. in addit. ad eund. in
communitèr Canonistæ in cap. ex parte el 2.
extra de decim. Guid. Papa decis. 283.
D. Præses de Franch. decis. 117.* se-
quitur *Barbat. noster in tract. de diuis.
fruct. par. 1. cap. 2. sub num. 16.* & nouissi-
mè post alios *D. de Luca obseruat. ad
Franch. 177. per tot.* quorum appellatione
non tantum veniunt fructus ipsi natura-
les; sed etiam ciuiles, nempè pensiones
prædictorum, *l. prædiorum, ff. de vsur.* mer-
cedes colonorum, operæ seruorum ve-
cturæ nauium, & iumentorum, *l. mercedes,
ff. de pet. heredit.* ac etiam vsuræ, quæ vice
fructuum reputantur, *l. vsura, ff. de vsur.*
& quicquid hominum vsu introductum
est, in fructu esse intelligitur *D. Reg. Rouit.
decis. 9. sub num. 33.*

9 Germinatur etiam aliud ex illo iure
solido, quia prohibitus alienare rem, non
potest fructus pendentes, & nondùm
perceptos alienare, *Tiraq. de retract. lign.
§ glos. num. 41. Camer. in cap. Imperialem;*
vbi distinguit tres casus. Primum in lo-
catione fructuum ad modicū tempus, &
quod ea valeat. Secundum in locatio-
ne ad longum tempus, quod non valeat,
& demum tertium in locatione ad vitam
feudatarij sequitur *D. de Ponte cons. 139.
sub num. 6. vol. 2.*

Et posse etiam vicinum vti iure con-
grui aduersùs emptorem fructuum pen-
dentium ratione partis, quàm ij consti-
tuunt

Digitized by Google

tuunt in fundo, licèt non integralem, sed benè quantitariuam probat *D. de Franch. decis.* 390. *adnotauit Thes. decis.* 55. *Rendella de iure proth. in verbo rem immobilem n.* 21. *cùm seq. folio meo* 33. vbi *in seq. num.* ad ipsum declarat aduersus sententiam contrarium tenentium, sequitur *Barbatus loco cit. sub num.* 21.

10 Et in summa eadem dispositio, quæ viget in fundo, habet etiàm locum in fructibus in eo pendentibus, & consequentèr si dominium non seperatur à domino fundi; nullatenus considerari potest, vt transeat in eum, qui partem fundi emit, quando eadem pars non est disgregata à suo toto.

11 Nec aliquid facit si diceretur, quod fructuum dominium acquiritur conductori sola perceptione, emptori vero sola seperatione, exemplo similis differentiæ, quæ intèr bonæ fidei possessorem, & fructuarium traditur in *l. si fructuarius messem ff. quib. mod. vsusfr. amitt.* ex quo, emptio fructuum percipiatur tanquam rei futuræ, & sub ea quasi conditione contracta, si fructus nascentur, quando nati, non est quid impediri possit, quin statim emptor eorum dominus fiat, iàm conditione impleta.

12 Quia negatur consequentia, vt fructuum dominium emptori ante perceptionem acquiratur, ex quo ad acquirendum dominium ex causa emptionis conditionalis, non sufficit vt conditio impleatur, sed requiritur vlterius, vel ante, vel post impletam conditionem, dominij traditionem §. *vendita instit. de rer. diuis.* cùm traditio sit illa, quæ dominium transfert non conuentio *l. in traditionibus C. de pact.* atqui fructuum venditorum traditio nullatenus fieri potest ante seperationem, quia tùnc pendentes non dicuntur transmissibiles absque suo principali solo, in quo pendent, ergo nullum emptori potest eorum transferri dominium: nisi seperentur à solo, vel ex perceptione ex domini voluntate, vel vt ipse dominus præstet patientiam emptori, vt ipse percipiat traditionis vice, prout cõpatitur in seruitutibus tradendis, in vsufructu constituendo, alijsque similibus iuribus incorporalibus, quæ veram traditionem non recipiunt *l.* 3. §. 1. *ff. de vsufr.*

13 Hæc enim vltima ratio non obstat conductori, cui sufficit, vt tradatur fundus conductus; etiàm ante fructus aut satos, aut seperatos, ad finem habendi ius percipiendi eos ex domini voluntate; & proinde in hoc locatio symbolaerit cum traditione ad percipiẽdos fructus: nàm qui eorum prius fructus percipit potior effectus dominus fructuum dicetur, & emptori in dominij quæstione præferendus, sicuti euenit pluribus eadem re diuersis temporibus vendita iuxtà *text. in l. quoties C. de reiuindic.* ex quo symboli sunt conductor fundi, à quo fructus nascuntur, & emptor fructuum eiusdem fundi locati, & semper inconstans locator incidet in pœnam stellionatus si non promoniat emptorem fundi fructuum, quod ille fundus erat prælocatus, vt elegantèr aduertit *Ant. Fab. de error. pragm. decade* 6. *errore* 6.

14 Insuper nec obstat, si diceretur conductorem hoc in casu non posse fructus suos facere, quia non videtur eos percipere ex voluntate domini, qui ante perceptionem eos fructus alteri vendiderit, non alitèr quàm si alium in possessione colligendi fructus mucnillet ex alia priori locatione, quia tùnc nulla alia conceditur conductori contra locatorem, quàm ad interesse.

15 Quia respondetur, id esse verum, nisi perueneri conductor in perceptione fructuum; tùnc enim suum erit, vt agat contrà locatorem ad interesse, & si peruenerit spectabit ad emptorem fructuum vt sic agat iuxtà tradita per *Peyeram in decis. Portug.* 106. *per totam,* vbi specialitèr probat conductorem in pluribus annis, si in primis annis reperiat rem conductam præoccupatam ab altero præconductore dabitur ei actio ad interesse contra locatorem pro toto tempore locationis: nàm si tibi fundum locat, & alteri fundi fructus vendat, ius tuum extinguere non potest, & non longè mutat voluntatem vni locando, & alteri fructus vendendo, & cùm interesse contrà locatorem remanendo subuacuo: cùm nihil intersit an conductori primo, vel secundo tradita sit possessio rei locatæ: cùm solo consensu contractus ille

per-

perficiatur, & quoad implementum non traditio rei locatæ, sed domini paciencia, vt præstetur, requiritur.

16 Vndè illud pro absoluto habeas, quod si ab vno locatore vnus conduxerit fũdum, & alius eiusdem fundi fructus emerit, vel vterque conduxerit, quorum omnium est par causa: neutri verò res tradita sit, nec aliquis frui cæperit, præfertur proculdubio qui prius locauit, tanquàm prior in tempore, sed si res tradita sit, quamuis posteriori, ille præferendus veniet, qui nactus est possessionem: nisi alter eadem re conducta ex principio locationis sibi factæ frui ince-

17 perat, & si nulla per locatorem facta fuerit traditio: cùm paciencia sit illa, quæ loco traditionis consideratur in locatione, non vero traditio, quemadmodum in venditione fundi: cùm paria sint ad implementum contractus locationis, pati, vt conductor propria authoritate fruatur re conducta, ac rem locatam tradere, & in hoc differt modus

18 possidendi iustè à venditore, & à locatore, quia emptor tùnc iustè dicetur possidere, quando à venditore res vendita sibi transferatur *d. l. si ea res ff. de act. empt.* locator verò non minus iustè, si propria authoritate apprehensa, possidere compatitur à locatore vti, quia vt diximus, locator non est obligatus, vt tradat; sed vt conductorem dumtaxàt frui patiatur, quæ paciencia pro traditione habetur, vt intelligi debet *Mantica de tacit. lib. 5. tit. 10. num. 23.*, & tùnc dicetur completus contractus locationis, ob quod aliud non remanet locatori agendum in præiudicium conductoris rem locatam possidentis per pacientiam iàm præstitam per locatorem, quod secùs est in venditore, & sic intelligendus est *Alex. in cons. 120. viso processu col. vlt.*, huic symbolum est quod dispungit *Cotta in suis memorabilibus in verbo locaui vineam plantandam, & si non plantauerit conductor teneatur ad fructus, & interesse.*

Sedecce vendo tibi fundum, habita fide de pretio, cum pacto, quod pendente pretij solutione, tù tenearis mihi titulo locationis præstare mihi annuam quantitatem, vel reddere fructus quotannis ex fundo illo percipiendos pro mercede, siuè pro pensione, quæritur an contractus iste sit emptionis, vel magis locationis.

Et esse contractum locationis sic probatur: nàm conductor cessans à præstatione pensionis tenetur ad interesse illius pensionis non solutæ, vt probat *text.* punctualis in *l. Præses prouinciæ C. locati*, vbi Imperator constituit, quod ea, quæ ex locatione debentur, Præses Prouinciæ exolui sine mora curabit, nõ ignarus ex locato, & conducto actionem: cum sit bonæ fidei, post moram vsuram legitimam admictere: vnde *Rodriquez de ann. redit. lib. 3. cap. 7. num. 82.* dicit, quod talis pentio non est accessio partis, sed æquæ principalis compensatio fructuum, sed sic est, quod talis fructuum æqua compensatio in locatione dumtaxàt habet locum, & in ca parit ex mora aliud interesse, vt in *d. l. Præses Prouinciæ*, quod secus est in venditione, quia tùnc esset tale interesse dependens à pretio, quod est sors, non autem, a sorte, quæ dependet à pensione, & sic tùnc nullum deberetur aliud interesse: aliàs esset vsura, vt in terminis probat *Abb. in cons. 5. lib. 1.* ergo est potius contractus locationis, quàm venditionis.

Secundo probatur, quia de natura locationis est, vt quando conductor est in mora soluendi pensionem possit impune à locatore expelli à re conducta *l. Æde 5. cum gl. in princ. C. de locato, & conducto*, quod non habet locum in venditione, quia tùnc perfecto contractu, qui re pretio, & consensu perficitur, vẽditor nullam aliam actionem habet cõtra emptorem, nisi ad compellendum eum pro solutione pretij vna cum eiusdem pretij interesse *l. curabit 1. C. de act. empt. & vendit.*, sed in nostro casu, in quo sumus cum titulo locationis teneatur emptor correspondere venditori pensionem conuentam, ergo eiusdem natura locationis potest expelli emptor à re empta, non ob pretium non solutum, quod non est sors, vt supra diximus, sed ob pensionem retardatam, quę est sors eiusmodi locati contractus ratione sui symboli.

Tertio probatur, & si talis contractus fit mixtus, venditionis scilicet, & conductionis, adhuc ratione alterationis contractus, adæquari is debet magis locationi, quam venditioni, tanquam sumens formam non amplius à pretio, sed à mercede conuenta *arg. text. in l.pacta conuenta ff. de contrah. empt.*

Cæterum incontrarium est veritas, quod imò sit potius contractus emptionis, quàm conductionis, quod facillimè probatur.

Primo, quia contractus emptionis, & venditionis fuit in principali intentione contrahentium perfectus ex re, pretio, & consensu, imò rei dominij traditione, & sic res, & pretium fuerunt in principali causa dandi formam contractui vẽditionis iam perfecto, solutio pensionis vero fuit causa executionis contractus, quæ non est sors, sed interesse pretij conuenti, habito respectu ad fructus rei venditæ, vt probat *D. Rouitus decis. 9 sub num.* 37., vbi improbat Rodriquez in illa opinione, quod scilicèt illa pensio sit altera sors, à qua possit posteà nasci aliquod intercessurium, sed bene habetur loco interesse alterius sortis, que est pretium à principio conuentũ, & proindè permissus talis contractus, secundum etiam *Couar. var. resolut. lib. 3. cap. 4. num. 6. vers. 9. Claud. ad Lupum in d. l. curabit num.* 149., *& seq.* atqui is dicitur vere contractus, qui principalitèr in intentione contrahentium conuenit, vt supra pluries probauimus, ergo contractus ille fuit emptionis, & venditionis, non autem locationis, & conductionis.

Secundo probatur, quia per reseruationem dominij nec etiam alteratur cõtractus emptionis, & venditionis, tanquam contrariam sui quidditati, & talis reseruatio operatur hypothecam dũtaxàr, vt supra probauimus, ergo fortius, quando non est reseruatum dominium, sed translatum in emptorem cum rei emptæ traditione, quod non est in locatione, & conductione, vt supra etiam probauimus.

Tertio probatur, quia si esset contractus ille locatio, & conductio, vtique sicuti poteret venditor ab ea recedere, ob non solutam mercedem per venditorem, sic etiam poteret venditor ab ea prosilire in casu interitus rei venditæ: cũ periculum eiusdem spectaret ad vẽditorem, qui habetur loco locatoris, non vero ad emptorem, qui haberetur loco conductoris, sed hoc est falsum, vt supra etiam probauimus, ergo.

Et ad contraria sic respondetur, & ad Primum, negando suppositum, quia verius est, vt merces illa sit loco interesse, & fructuum rei venditæ, non autem sors, vt aliud pariat interesse, quemadmodum vera sors pretium rei venditæ est, secundum *D. Rouitum locò cit.*

Ad secundum respondetur, quod concedimus maiorem, & minorem, negando consequentiam, quia tùnc merces non soluitur tanquam sors, sed tanquam interesse pretij conuenti, & sic solutio illa deseruit ne venditor dicatur locupletari cum aliena iactura, retinendo rem, & pretium; & ideo concessa ratione fructuum rei venditæ, & traditæ emptori.

Ad tertium respondetur, quod pensio illa constituta titulo locationis non poterat immutare substantiam contractus emptionis, & venditionis, tanquam posita pro executione contractus, *arg. text. in l. pretij causa C. de rescind. vendit.* quia quemadmodum in eo textu pecora data loco pretij non immutant substantiam contractus venditionis, sic in casu nostro, merces data loco interesse, & titulo locationis, quoad fructus rei venditæ, non potest alterare substantiã, & essentiam contractus iàm perfecti, maxime quia res non est integra, stante traditione rei venditæ in emptorem, licet ex parte eiusdem solui debuisset pretium, pro cuius retentione fuit conuencta merces illa, habito respectu ad fructus rei venditæ, & traditæ: & sic cessat dispositio *dicta l. pacta conuenta*, in qua pretium fuit rursum alteratum, non vero eiusdem solutionis executio, vt *in d. l. pretij causa*. Et an & quando debeatur interesse intercessurium vide eundem *D. Rouit. d. decis. 9.*, ubi satis doctè materiam expungit.

ARGVMENTVM.

Vniuersalis successor an sit symbolus particulari successori in re locata, & conducta, conciliaturque antynomia inter *text. in l. si domina C. de vsufr. & l. si socrus C. de iure dotium, cum textu in l. necessario §. fin. ff. de peric. & comod. rei vendita.*

SVMMARIVM.

1 *SVccessor locatoris an teneatur stare locationi iàm facta per locatorem; quæstio apud Manticam magni quæsiti.*

2 *Tex. in l. si domina C. de vsufr. notatur, cum textu in l. si socrus C. de iure dot. in fine.*

3 *Vsusfructus pluribus modis extinguitur.*

4 *Text. in l. necessario §. fin. ff. de peric. & comod. rei vendita explicatur.*

5 *Vsusfructus formalis qui.*

6 *Stipulatio connaltdat contractum non solum respectu contrahentis, sed etiam eiusdem hæredis.*

7 *Stipulatio vti, frui an sit symbola cum stipulatione vsusfructus.*

8 *Stipulatio via, itineris, actusque an differat à stipulatione, ire, agere, & licere.*

9 *Hæreditas est successio in ea dumtaxàt iura, quæ defunctus habuit.*

10 *Stipulatio, tibi, hæredique tuo, quid importet.*

11 *Stipulatio facta*, post mortem meam mihi dare spondes, *quid importet.*

12 *Latitudo voluntatis contrahentium angustari non debet propter nimiam verborum scrupolositatem.*

13 *Hæredibus nostris consulere post mortem nostram, nobis concessum est.*

14 *Cautio de vtendo, & fruendo an nouari debeat per hæredem vsusfructuarÿ.*

15 *Vsusfructus locatus per proprietarium extinguitur per eius mortem.*

16 *Stipulatio de vsufructu pro se, & hæredibus dicitur hæreditaria.*

17 *Vsusfructus locatus quando extinguatur morte locatoris.*

18 *Notarius quibus modis extendere possit instrumentum locationis vsusfructus.*

19 *Hæres hæredis an censeatur vocatus in vsufructu locato pro se, & hæredibus.*

20 *Impetrans officium à Principe pro se, & hærede, quomodo impetrasse dicatur.*

21 *Hæres locatoris an teneatur stare locationi facta à suo prædecessore.*

22 *Hæres vniuersalis in re locata an sit symbolus cùm hærede particulari necessario.*

23 *Necessitas in hærede necessario an sit præcisa, vel causatiua, & quomodo differat.*

24 *Vxor an teneatur stare locationi rei dotalis facta à marito præcisè.*

25 *Locatio vsusfructus facta per filium vsusfructuarium, quando extinguatur, mortuo filio vsufructuario.*

26 *Commoditas vsusfructus filio quæsita pleno iure ad patrem transmictitur.*

27 *Vsusfructus est ius.*

28 *Vsusfructus quandoque vsurpatur pro commoditate.*

29 *Successor singularis quando teneatur stare locationi.*

30 *Successor vniuersalis, & particularis sunt symboli in re fiscali locata.*

31 *Pupillus succedens tutori suo non potest conductorem expellere.*

32 *Succedens ex sententia Iudicis tenetur stare locationi, & num.* 33.

34 *Conductor rei locata cum hypotheca non potest à locatoris singulari successore expelli.*

35 *Hypotheca solita apponi in locatione si omissa sit, an censeatur apposita.*

36 *Clausula solita, ac assidua in instrumentis omissa, censentur apposita, non autem solita non assidua: sed distingue num.* 37. *& conclude num.* 42.

Hypotheca omissa in instrumentis cē-

ſetur appoſita tanquam ſolita, & aſſidua ſecundũ opinionẽ D. Antonij Galisij. ibid.

38 *Antonius Faber tenens hypothecam non cenſeri appoſitam confutatur per D. Antonium Galiſium.*

39 *Hypotheca non eſt niſi accidens in contractu.*

40 *Actio ſtricti iuris confuſa cum actione bona fidei, aſſumit naturam bonæ fidei.*

41 *Teſtamento actus inter viuos, qui non ſint penitus impertiuentes, inſeri poſſunt, & circa eos actus teſtamentum dicitur verum inſtrumentum.*

43 *Executores vltimarum voluntatum tenentur ſub tacita hypotheca: quidam ſcilicet principaliter, & quidam in ſubſidium.*

Adminiſtratores omnes tenentur ſub tacita hypotheca. ibid.

Executores vltimarum voluntatum cum adminiſtratione, comparantur tutoribus, & curatoribus: ſed ſine adminiſtratione, comparantur tutoribus, & curatoribus honorarijs. ibid.

44 *Adminiſtrator maiorem culpam committit non exigendo debitum à ſemetipſo, quàm ab alijs.*

45 *Hypotheca contracta cum adminiſtratore prodeſt principali.*

46 Text. in l. ſi nolit, §. quia aſſidua, ff. de edilit. edict. *declaratur ab Authore.*

47 *Hypotheca plura parit præiudicia, & quæ.*

48 *Aſſiduum quid importet.*

49 *Res inter alios acta non præiudicat tertio.*

50 *Succeſſor conductoris alicuius officij cùm adminiſtratione, vel gabellarum, tributorum, datiorum, vel alicuius loci piſcatorij, & artificij non tenetur ſtare locationi.*

51 *Vaſſallus ſi ante culpam commiſſam locauerat feudum, & poſtmodum deuoluitur ad dominum directum, tenetur dominus ille ſtare locationi.*

52 *Filius ſuccedens in legitima, tenetur ratam habere locationem, in qua ſucceſſit in legitima.*

CAP. VI.

1 PRO magno quæſito habuit *Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 5. tit. 9.* an ſcilicet ſucceſſor locatoris teneatur ſtare locationi ab ipſo locatore iam factæ: tanquàm quæſtio copioſè apud omnes Doctores controuertita, & proinde ponit ipſe regulam, ſucceſſorem ſcilicèt vniuerſalem locatoris à locatione iam facta diſcedere non poſſe, ſiuè ſuccedat ex teſtamento, ſiuè ab inteſtato *l. viam veritatis C. locati, & conduct.*, vbi ignorat viam veritatis, qui contrarium dicit *l. non plures §. hæredem l. ſed addes §. pæn. ff. locat.* probat etiam *Vinc. Caroc. de locat. tit. de ſucceſſ. quæſt. 7. in 3. verſiculo pro parte affirmatiua.*

2 Et licet videatur aduerſari *text. in l. ſi Domina, C. de vſufructu*, vbi expreſsè cauetur, quod mortuo conductore, ad eius hæredes non tranſit vſufructus, ibi, *Mortua conductrice, ei, qui locauit etiam vtendi fruendi cauſa non eſt deneganda*, vbi habetur, vſufructus conductionem ad hæredes conductricis non tranſire, ſed ea mortua, ad proprietarium verti, qui text. videtur pugnare cùm *lege ſi ſocrus, C. de iure dotium in fin.* ibi, *Nàm ſi accepero certum quid annuum filia tua vſũfructum locauit, mortua conductrice, vſuſfructus extingui minimè potuit*, & intercedit *textus in l. neceſſariò, §. fin. ff. de peric. & commod. rei vend.* ibi, *Cùm vſumfructum mihi vendis, intereſt, vtrum ius vtendi, fruendi, quod ſolum tuum ſit, vendas, an verò in idipſum corpus, quod tuum ſit, vendas: nàm priori caſu, etiam ſi ſtatim morteris, nihil mihi hæres tuus debebit, hæredi meo debebitur, ſi tu, cuius poſteriori caſu hæredi meo nihil debebitur, hæres tuus debebit.*

3 Reſpondetur, quod vſusfructus extinguitur, vel per mortem locatoris, vel per mortem conductoris, per mortem locatoris tũc extinguitur, quando locator, relicto ſibi vſufructu, proprietatem alienat, vt *in d. l. Socrus*: tùnc certè, locato vſufructu, per mortem locatoris extinguitur locatio, ex quo nihil remanet, quod durare poſſit poſt locationem, tanquàm oleum in lucerna, quo conſumato, neceſsè eſt, vt extinguatur flamma ab eo nutrita; ſi verò vſusfructus locetur ab eo, pœnès quem, poſt locationem vſusfructus adhùc durat, & eſt proprietas, benè, mortuo locatore, non extinguitur locatio, ſed certè per mortem conductoris, & in

in hoc vendicat sibi locum *d.l.si Domina*, qui textus est mirabilis, & singularis ad hanc materiam, vt probat *Caroc. consim. tract.tit.de usufructu quæst.*19.

4 Ex quorum iurium conciliatione pẽdet concordantia *dicti* §. *fin.* in quo, in primo periodo agitur de vsufructu segregato à proprietate, & tùnc per mortẽ locatoris ad nihilum tenetur eius hæres, quominùs habere debeat ratum factum sui defuncti, ex quo factum illud nullum reperit extremum habile, in quo se fundari possit, resoluto iure sui prædecessoris. In secundo verò periodo, ex quo agitur de eo, qui vsumfructum locauit, ex proprietate penès se existente, rectè quidem hæres eius, cuius factum ratum habere debuit, stare tenetur locationi per suum prædefunctum factæ, ex quo proprietas vsusfructus locati transit ad eũ, & in omnibus sui prædefuncti repræsentat iuribus, & sic secundùm *Accursium d. l. Domina*, quando sumus in vsufructu formali à proprietate separato, & distincto, finietur morte locatoris, & non conductoris: nàm si tùnc præmorietur locator, extinguetur vsusfructus in persona conductoris, si verò premorietur conductor, non extinguetur locatio, sed prorsus ad suum successorem migraretur. Sin autem de vsufructu casuali agatur, finietur locatio iuxtà alium casum, vt consentit *Piccardus in* §. *mortuo conductore sub num.*15.*instit. tit.de locato.*

5 Hinc est, quod vsusfructus formalis, hoc est, qui vsumfructum habet cùm proprietate, vt *in dicto* §. *ult.* potest stipulari, vt vsusfructus non tantùm quæratur emptori, sed etiam eiusdem hæredibus, &
6 successoribus. Stipulatio enim cõualidat contractum non tantùm respectu contrahentis, sed etiam eiusdem hæredum, *l.stipulatio,* §.*si quis ità, ff.de uerb. obligat.* ibi, *puto stipulationem de usufructu ad hæredes transire*, à qua interpretatione non multum distat alia à *Donello* relata ibidẽ *num.*4. qui ait *in d.* §. *si quis*, ità nomen gentium esse pro gerundo, quemadmodum nouatio dicitur à nouando *l.*1. *ff.de nouat.* damnum à diminuendo, *l.*3. *ff.de damno infecto*, sequitur *Consil. Arias de Mesa uar.resol. lib.*3.*cap.*89. *num.* 12. ex
7 quibus apparere subdit *num. seq. in dicto* §. *si quis ità*, non putare stipulationem vsusfructus à stipulatione vti frui licere, esse symbolã, quia in prima ius dũtaxàt, in secũda factũ cõtinetur, vt per *Doctores in d.*§.*si quis ità*, prout etiã stipulatio viç,
8 itineris, actus, differt à stipulatione, ire, agere, licere, quoniã in prima ius seruitutis versatur, *l.*2. §.*et harũ, l.stipulationes, ff. de uerb. obligat.* In vltima verò factum dumtaxàt agendi, vel eundi includitur, *d. l.*2. §. *idem in facto;* quapropter, quia huiusmodi stipulationes vti, frui licere, & ire, agere licere in facto consistunt, merito non symbolę, *Vlp. in d. l.* §. *si quis eas appellat*, & proindè in omnibus actionem confessoriam non habere locum testatur *D. Arias loco cit.sub num.*14.

Nec obstat, quod cùm stipulatur sibi, hæredibusque suis vti, frui licere, ad hæredem stipulationem transire non posse, quia scilicet fructus percipiendi ab hærede diuersi sunt ab his, quos stipulator percepit, aut percipere potuit: cùm hæreditas sit successio in ea dumtaxàt iura, quæ defunctus habuit tempore suę mor-
9 tis, vt probauimus *in tract.de hæredit.act. lib.*1.*quæst.*1. *num.*6. quia respondetur, illud diuersum haud esse, quia licet diuersi sint fructus, attamen non per hoc prohibetur hæres, vt per stipulationem succedat; quia cùm hæc stipulatio in persona stipulatoris sit concepta, ab eo principiatur locatio, & ad eius hæredem continuatur per translationem de vno ad alium; ratio est, quia vsusfructus ille, & si vti nouus in persona hæredis semper dicetur hæreditarius, secundùm *Bartolum in d.l.stipulatio,* §.*si quis ità, Iaf.in l.eum, qui ità,* §.*se, & Titium num.*12. *ff.de uerb. obligat.* cùm tantùm operetur expressio de hæredibus facta de re non transitoria ad hæredes de sui natura, quantùm simplex stipulatio respectu eorum, quæ sunt ipso iure ad hæredes transitoria, & nihil interest inter res transitorias, & non trãsitorias, nisi quod in rebus transitorijs, non est opus aliqua stipulatione hæredũ nomine facta, *l.si pactum, vbi gl. ff.de probat.* sed in non transitorijs indiget expressa stipulatione pro hæredibus, quia earum ius in vita stipulantis finitur, vt *in d.*§.*si quis ità et elegantèr*, *D.Regens Rouit. decis.*85.*sub num.*27.

Digitized by Google

10 Et proindè nec obstare potest regula
*text.in l.vnica, C.vt act. ab hæred. & con-
trà hæred.* quoniam est,si concedatur: cũ
quis stipulatur sibi, hæredique suo vti,
frui licere,tot esse stipulationes, quot sũt
fructus, & in persona hæredis nouam
actionem desiderari, adhùc tamèn con-
stat,quod decisio *d.l. vnica* non aduersa-
tur opinioni,quàm sequimur, ex quo Iu-
stinianus ibi non decidit indubitatam
fuisse veterum regulam, quæ ab hæredi-
bus, & contrà hæredes actiones incipe-
re posse negabat: sed eo demum casu,
quo actiones prætendebantur contem-
platione stipulationum post mortem cõ-
ceptarum, & dicebantur post mortem
concipi stipulationes, quando ità fiebãt,
11 veluti post mortem meam mihi dare
spondes,vel ità, post mortem tuam mihi
dare spondes;tùnc enim veteri iure inu-
tiles erant eiusmodi stipulationes, quia
propositæ conceptæ videbantur post
mortem, *§.post mortem instit. de inut.sti-
pulat.*quia nec mortuus dare,nec mortuo
quicquam dari poterit, *l. qui libert. ff.de
oper. libert. l.si homo mortuus, ff. de verb.
obligat.*

Quoniam Iustinianus, dispecto ver-
borum conceptu,omnes istas stipulatio-
nes recepit,*l.scrupulosam, ff.de contrah.&
12 comict.stipul.*quia licet verborum scru-
pulositas infragari videatur, tamen in
superioribus speciebus mens, & volun-
tas contrahentium esse videtur, vt hære-
di stipulatoris quæratur,& vt hęres pro-
missoris præstet,& prout nimiam verbo-
rum subtilitatem latitudo voluntatis cõ-
trahentium angustiari non debet, *d. l.
vnica*,vt patet,licèt ad aliud propositum
apud eundem *D.Rouit.loco cit. & D.Arias
de Mesa etiam loco cit. sub num.*18.*subdens
sub num.* 19. Iustinianum facilè moueri
potuisse exemplo fideicommissorum, in
quibus sola inspicitur voluntas, *l. pen.ff.
de legat.*1.*l hæres mei,§.cùm ità,ff.ad Tre-
bell.* licebat testatorem hæredem suum
post mortem grauare, *l.*1. *§.si emancipato
iuncto, §. si ab ipso, ff. de collat. bonor.* &
fideicommissa à Testatoris voluntate vi-
res,& naturas susceperint:quemadmodũ
diuersæ sũt eorũ species,quæ diuersimo-
dè similitèr secũdũ Testatoris dispositio-
nẽ,& mentem concipiuntur testãtur Do-
ctores *in l. precibus, C. de impub. & alijs
subst.*& post omnes *Fusar.* qui solemnem
tractatum composuit de diuersis fidei-
commissis, & substitutionibus, & graua-
mina à Testatore hæredi iniuncta òm-
ninò ad cæteros transmissibilia ratione
sui adimplementi, vt ab vno principium
habentia ad alterum finem consequen-
tia, nempè à Testatore, vsque ad vlti-
mum grauatum, & si infiniti esse possent,
qui grauari per Testatorem non prohi-
beantur, quando causam ab ipso vno
suscipiunt, qui est efficiens, vt influat,
quoad omnes tanquam habentes ter-
minum ab vno ad alterum, hoc est,
à quo ad quem.

Et consequentèr constat, veterem re-
gulam ad institutam quæstionem nulla-
tenus cõtinere:cùm in specie, quã *Vlpian.
in d. §.si quis ità*, tractat, quod stipulatio
nihil præposterum contineat;quia cùm à
stipulantis persona principium habeat,
l.quęcumque gerimus, ff.de act. & oblig. &
stipulator dùm viuit fructus percipiat,
13 et post mortem nostram concessum est
hæredibus nostris consulere,*l.Auus, ff.de
pact.l.si pactum,ff.de probat.* præceteris in
stipulationibus facti, alioquin ad hære-
des non transitorij, in quibus vtilitèr
vnius hæredis persona comprehenditur
*ad text.in l. continuus, §. vlt. ff. de verb.
oblig.*Vnde quod *Vlpianus* ait *in d.l.stipu-
latio, §.sue, ff. de verb. oblig.*suæ personæ
quem posse hæredis personam adiũgere;
intelligitur in factis non transitorijs,non
verò in his, quæ possunt ad hæredes trã-
sire, *l.cũ qui,§.*1.*ff.eod.tit.*& proindè ver-
ba illa *in d. §. si quis ità*, ibi, *licet diuersi
sint fructus*, non sunt applicanda cùm
Accursio ibidem verbo, *fructus*,vt signifi-
cent diuersos fructus in personis stipula-
toris,& hæredis resultare,ex illa stipula-
tione, *vti, frui licere* nõ resultat ius vsus-
fructus,sed factũ dũtaxàt vtendi,& fruẽ-
di:quamuis,si quis stipularetur,sibi hære-
dique suo vsumfructum, affirmandum
certè esset in personis hęredum non eun-
dem vsumfructum, qui fuerat stipulatori
quæsitus, manere: sed noum suscitari, &
14 ideò noua cautione de bene vtendo, &
fruendo opus esset, vt per *Bart. in l.vni-
ca, §.excepto, C. de caduc. Tollend.* & sic
mentionem illam, *fructuum*, referendam
esse

Digitized by Google

esse ad vsumfructum quasi formalem, hoc est ad commoditatem illam percipiendi fructus, vt infra dicemus, ex quibus hactenus discussis.

15 Collige ptimo, quod quando vsusfructus ab ipso proprietario locatur, tūc eius morte extinguitur, & eius hæres nō tenetur stare locationi, si aliundè quæratur vsusfructus *d.l.si Domina*, qui textus est mirabilis, secundùm *Vinc.Caroc.d. tract.tit.de vsufr.q.9.n.1.* vt diximus sup.

16 Collige secundo: nàm stipulatio de vsusfructus locatione pro se, & hæredibus dicitur hæreditaria, ità vt ad hæredes iure hæreditario pertranseat, & in eo hæteditarij creditores ius habere possunt, *Bart. in d. §.si quis ità in fine, ff. eod. tit. de verb. oblig. D. Reg. Rouit. cons. 106.num.5.lib.2. & dicta decis. 85.n.18. D. Arias de Mesa loco cit. sub n. 22.* qui ex doctrina *Phanucy de inuentario, q. 143. nu.49. & seq.* approbat hanc opinionem contrà *Parisium cons.54.num.14.lib.3.*

17 Collige tertio: nàm si vsusfructuarius locat vsumfructum, seù commoditatem sui vsusfructus, remanendo penès eundem locatorem ius ipsum, & tùnc bene extinguitur motte conductoris, ex quo non transit commoditas locata ad ipsius hæredem, & successorem, *d. l. necessario §.fin.* prout singularitèr adnotarūt, *Bald. Alber. & Fulgos.* ibidem, quos sequitur *Caroc. loco cit. num. 8.* aduertens sub *n.5.* quod tria consideranda sunt in hac locationis materia, vsumfructum causalē, formalem, & quasi formalem, qui est commoditas illa actualis, & realis fructus colligendi, & percipiendi, & quod primum, & secundum ceù inseperabilia semper penes locatorem remanent secundum *Bart. in l.vsusfructu col.2. num.2. ff.solut.matr.Rhod.de reb.Eccles. non alien. rubr.de fruct.Eccles.non alien.sub num.9.*

18 Et si velis instrumentum locationis facere vsusfructus locati, poterit Notarius illud duobus modis extendere. Primo dicendo, Sempronius locat vsumfructum, redditus, & prouentus talis fundi. Secundo locat Caio tàm pro se, quam suis hæredibus, & successoribus, quomodocumque fiat, semper intelligitur facta locatio de simplici facoltate percipiendi fructus.

19 Illud vltimum intellige, vt habeat locum in primo hærede dumtaxàt, non verò in hærede hæredis, vt probat *Angel.cons.2.in princ.Caroc.loco cit. sub num. 11.*, & effectus erunt maximi.

Quia quando vsusfructus pro se, & hæredibus stipulatur, adeò hæreditarius est, vt teneatur hæres illud in inuentario describere *Phanuc. de inuent. quæst. 243.num.52.* itèm quod si testator bona sua per fideicommissum restituere iubeat, & in vita stipulatus fuerit sibi fructus colligendos per se, suosque hæredes ex fundo alterius, hæres tenetur illos fructus, ceù hæreditarios restituere, secundùm *Phanuc.d.cap.247.num.49.contra Paris.*, & hanc opinionem sequitur

20 *Arias loco cit.sub num. 25.* Rursus, quod si quis à Principe imperat officium pro se, & hærede, vel cùm potestate nominandi vnum hæredem, quamuis ad instar vsusfructus nous dicatur in persona nominati: tamèn illud hæres habere non poterit, absque qualitate hæreditaria *D.Reg.Rouit.cons.104.num.7.* & tenebitur ad onera per nominatum imposita *Frecc. lib. 2. de subfeud. auth. 1. quæst.53. num. 4.* & cogitur etiam officium illud conferre, & in legitimam imputare, vt per *Arias loco cit. sub num. 26.*, & si filius fuerit à patre nominatus in vita, qui tamen deliquerat, ob quod delictum officio esset priuandus, nominatio filio non proderit, quominùs fiscus capere possit officium, quia fiscus non potest officium illud habere, nisi vti hæreditarium *D.Reuert.decis.56. insert. post Rouit. d.cons.106.*

21 Collige quarto, quod hæres locatoris iustam habens causam rem locatā alteri locare, non tenetur stare locationi factæ à suo prædecessore, secundùm *Alexandrum, & Fulgos. in l.filio fam. §.si vir num.21.ff.loc.* qui aiunt, hoc esse mirabile, quia textus ille non loquitur de hærede locatoris, sed de hærede conductoris; nàm si quis fundum Titio locauit, & is pupillo, hærede instituto, decedit, pupillusq; ab hæreditate se abstinuit, & locator pluris fundum alteri locauerit, & pupillus posteà ad bona paterna sit restitutus, ex conducto agere potest locator, vt à locatione liberetur, quia iustam

Digitized by Google

iuſtam habuit cauſam alteri locandi: cũ
eo tempore nullam in pupillum actio-
nem haberet, ex quo ſubſequitur, quod
hæres conductoris non poteſt compel-
lere locantem, vt præſiſtet in locatione
ob iuſtam illam cauſam alteri locandi,
proptèr abſtentionem pupilli per Tuto-
rem factam, quia reſtitutio in integrum
conceſſa pupillo non retrotrahitur in
præiudicium tertij, qui, pupillo adhùc
hærede non exiſtente, à domino fun-
dum relocauit *cap. quamuis de reſcript.
in 6.l. integrum, ff. de minor. Roman.in d.
l.ſi filius fam.§.ſi vir num.35.& 36.*

Collige quinto (& hoc ſit ſymbolum
etiàm cum ſucceſſore particulari neceſ-
22 ſario *gl. magna circa medium in l. diuor-
tio in prin.ff.de ſolut.matr.Bald.in l.ſi mer-
ces,§.1.ff. locati, Mantica loco cit.ſub num.*
10., & cognoſcitur hoc in caſu hæres
neceſſarius, à voluntario ex eadem lo-
catoris perſona, an locatio ab eodem
facta ſit voluntaria, vel aliquo iure co-
gente, vt ponderatur *in d.§. vir, & ibi
Alexand. num. 12. in fine.*) quod ſucceſ-
ſor neceſſarius in locatione perſiſtere
debet, quia ſi qui, ſua ſpontè, alienat,
ſibi debet imputari, ſi non ſeruat ius lo-
cationis factæ colono, & ideò proptèr
culpam ſuam tenetur ei ad intereſſe, ſi
ab emptore, vel alio ſucceſſore expella-
tur *d.l.qui fundum, & l.ſi merces, §. 1.ff.
locati*, quæ ratio ceſſaret in alienatione,
vel translatione neceſſaria, vt probauit
*Mantica loco cit.ſub num.*13.

23 Hæc enim neceſſitas tanquam non
præciſa, ſed cauſatiua non compellit,
vt præciſè voluntarius teneatur ſtare
colono, ſed benè ſoluendo intereſſe, li-
beratur *l.1.§.vlt. ff.de dot.præleg.*, & cum
concordantibus pertranſit *Mantica loco
cit.ſub.n.*13.

24 Vndè tametſi vxor ſuccedens mari-
to in dote teneatur ſtare locationi rei
dotalis factæ per maritum in eius vita,
vt eleganter apud *Ant. Fabr. de err.prag.
decade* 24.*err.*4.non tamen præciſè vxor
tenetur ſtare locationi prædictæ, quia
ſoluendo intereſſe, poteſt colonum ex-
pellere, vt per *Mantic. loco cit. ſub num.
2. verſ.ſed aduertendum.*

25 Collige ſexto, quod ſi vſusfructus
ſit relictus filio, & per filium alteri loca-
ta eius commoditas, mortuo filio, non
extinquitur locatio, quia proprietas
vſusfructus debet continuare in patrem,
tenet *text.in l.1.C.de bon.matern. & in l.
fin. verſ.ſin verò C. ad Trebell. Conſil. Pa-
ſcal.de virib.patr.poteſt. parte 1.cap.3. nu.*
25. cùm declarationibus ibi per ipsũ,
ratio eſt, quia & ſi proprietas aduenti-
tiorum patri per filium nouo iure non
26 quæratur *l. cùm oportet C.de bon. quæ li-
ber.*, cæterùm quod pertinet ad vſum-
fructum, nihil noui Iuſtinianus induxit,
& ità cõmoditas vſusfructus filio quæ-
ſita pleno iure ad patrem tranſmittitur
*l. 1. in princ. ff.ſi à parente quis fuerit, &
l.acq.ff.de acq.rer.domin.* Vndè cùm vſuſ-
fructus patri quæratur, nil mirum ſi prop-
ter filij deceſsũ nõ pereat *arg. l.inter an-
tiquam C. de vſufructu*, quod alitèr eſſet
ſi perfectè filio vſusfructus fuiſſet quæſi-
tus: tùnc enim ipſius filij mors ſpectare-
tur *l.ſi filio familias iuxtà l. non videtur
ff.de donat.cauſ.mort.Cuiac.ad Africanum.
in d.l.filius fam.in fine.*

27 Nec obſtat, Iuſtinianum quampluries
in d.l.vlt.C. de vſufructu patri, de vſufru-
ctu quæſito mentionem feciſſe, ac de
ipſo vſusfructus iure intelligendum eſſe:
cùm vſusfructus ius ſit *l.1. ff. de vſufru-
ctu*: maximè quia ſi ius vſusfructus in
perſona filij reſideret, eius morte inte-
riret, etiàm ſi commoditas patri quæſita
fuiſſet *d. l. neceſſario §. fin.*, neque mors
patris expectari deberet: cùm neque in
eius perſona redicceretur.

28 Quia reſponderetur: nàm quod dicitur
in d.l.fin. vſumfructum patri quæſitum
intelligendum eſt de ipſa vſusfructus
commoditate, prout verbum, *vſusfru-
ctus*, vſurpari ſolet *l.ſi vſusfructus ff.de
iure dot.*, & quamuis vſusfructus com-
moditas patri per filium quæratur, ius
tamen vſusfructus perſonale pænès fi-
lium manet, ſicuti hæreditas per filium
quæſita ad patrem tranſit *l. qui in aliena,
& l.placet ff.de acq. hæredit.* titulus tamen
hæredis apud filium eſt *l. qui liberis §.
hæc verba de vul'g. l. cùm filius ff. de legat.*
1. cùm ergo commoditas vſusfructus ex
legis diſpoſitione, & tacita teſtatoris vo-
luntate tranſeat, filij interitus non de-
bet nocere patri; quemadmodum ſi vſuſ-
fructus legetur; quamuis ius perſonale

vſuſ-

vsusfructus in persona legatarij consistet, eius tamen morte vsusfructus non extinguitur *l. 4. §. quib. mod. vsusfr. amittatur*.

Et ad *dictum §. fin.* respondendum erit, quando citra proprietarij voluntatem, & legis dispositionem commoditas vsusfructus transferatur, tunc certè cùm persona vsusfructuarij extinguetur, secus verò quando ex tacita proprietarij voluntate, & legis dispositione vsusfructus proprietas ad alterum transferatur, vt post multos respondet *Arias loco cit. sub num. 7.*

29 Collige septimo, quod & si successor singularis voluntarius non teneatur stare colono, vt supra demonstrauimus, fallit tamen in successione particulari, siue singulari eius, qui habebat ius in re vsusfructus locati: nempe qui habebat vsumfructum formalem, quia si conductori competit actio, multò magis exceptio, vt expelli non possit à re conducta, vt singulariter, & longa Doctorum remissione probant *Mantica loco cit. sub num. 14.*, licet haud nobis placeat quod affirmat *sub num. 15. & 16.* de successore eius, qui locauit ad longum tempus, per ea quæ, vt etiam probauimus *supra in cap. 3 num. 23. & 24.*

30 Collige octauo, esse symbolum inter successorem vniuersalem, & particularem in re Reipublicæ, & fisci locatæ, à qua conductor à singulari successore expelli non potest, quia is habet ius in re *Aret. cons. 115. Curt. sen. in cons. 10. in fine Ruin. cons. 60. in princ. lib. 1.*, sequitur *Mantica loco cit. sub 17.*

31 Collige nono: nam pupillus succedens Tutori suo, non potest conductorem expellere, sed locationem ab eo factam ratam habere debet *l. si tutela ff. de administr. tutor. Mantica loco cit. sub nu. 4.*

32 Collige decimo: nam qui ex sententia Iudicis succedit tenetur stare locationi per eius prædecessorem factæ: quia dicetur successor necessarius *l. in venditione §. vlt. in fine, vbi lite non contest.* quod intellige de eo, qui missus est in possessionem ex primo decreto: tunc enim, quia ex pleno iure non succedit, sed rei seruandæ causa, & habet tantum ius in re, & dicetur pignus prætorium *gl. in l. 2. C. de præt. pign. & in l. 1. C. qui potior. in pign. habeant*, tenetur stare proculdubio locationi *d. l. in venditione*, *Angel. cons. 245. num. 6. vers. quinto videndum*, *Cotta in suis memorabilibus in verbo creditor missus, & in verbo successor*, & est communis opinio, secundum *Cacheranum decis. Pedem. 82. num. 6. Caroc. loco mox supra cit. quæst. 6.*

33 Quod non procedit quando quis per sententiam non succedit ex persona locatoris, sed ex iure suo proprio per priuationem, & extinctionem iuris locatoris, prout intelligendus veniet *Osasc. d. decis. 82. sub num. 6. & 7. aduertit Mantica loco cit. sub num. 27.*

34 Collige vndecimo, quod conductor rei locatæ cum hypotheca sicuti non potest ab vniuersali successore expelli; sic etiam ab eius locatoris singulari successore, quia tanquàm habens ius in re potest se tueri aduersus eum *Bart. in d. l. qui fundum num. 2. ff. locat. & in d. l. si filius fam. §. si vir num. 52. ff. solut. matr. & in l. emptori num. 2. C. locati; Tiraq. de retract. conuent. §. 3. gl. 1. num. 3. & 4.*, *Couar. var. resolut. lib. 2. cap. 15. num. 3.*, & licet secundum *Bart. in d. l. emptori num. 2.*, possit per singularem successorem dissolui locatio, soluendo interesse conductori etiam cum hypotheca: tamen contrarium tenuit *in cons. 90. lib. 4.* quem sequutus fuit *Mantica loco cit. sub num. 19.*, qui in vers. illud verò sub *num.* 20. optimam præbet cautelam pro colono, vt in instrumento locationis faciat apponere pactum, ne res locata alienetur, & si contingerit alienari, durante locatione, alienatio sit nulla, & pro obseruantia faciat obligare bona omnia locatoris, & res locata in specie, tunc dubio procul dominium rei locatæ ad alium transire non potest in præiudicium conductoris *Roll. a Valle cons. 6. num. 11. lib. 1. Couar. d. cap. 15. num. 3.*

35 Illud tamen ne teneas, quod *Carocius asserit tit. de locat. obscura, parte 1. sub num. 11.* nempe si hypotheca de consuetudine solita sit apponi in contractu locationis, omissa, quod censeatur apposita, quia cùm hypotheca sit quid facti, & præiudicialis cæteris contrahentibus cùm speciali hypotheca, nunquàm sup-

pleti potest,& nequaquàm in omni contractu omissi censetur apposita, per ea, quæ diximus in *tract. de assist. quæst.* 14. *à num.* 3. *ad* 8., licèt oppositum teneat D. Antonius Galisius in vno responso pro hæredibus Victoriæ Durantis cõtrà Hæredes qu.Philippi N. quod vtpotè partum admirabilis ingenij hic exarandum duxi, cum alijs articulis ibi insertis: & est vt sequitur.

Vias tuas Domine demonstra mihi.

FRanciscus Morellus in vltimo, quod condidit nuncupatiuo testamento, in Ciuitate Baruli die 19. Februarij 1646. hæredem vniuersalem instituit Victoriã Durante sororis filiam; declarauitque se creditorem esse Philippi N. in duc. 800. tum pro opere erogato ad illius equos instruendos, tum etiam pro pecunia mutuò illi data: & ibidem præsens idem Philippus confessus fuit eiusmodi debitum in eodem testamento sub ista forma; *Et qui presente il detto Sig. Filippo, dichiara con giuramento esser vero, liquido, e legitimo debitore del detto Sig. Francesco testatore in detti duc.*800.*per le cause predette*:cum qua dispositione supremum diem expleuit.

Defuncto exinde etiàm Philippo debitore, deductum fuit eius patrimonium in Sacro Consilio vrgentibus creditoribus, inter quos relata fuit tertio loco præfata Victoria Durante hæres creditoris pro his duc. 800. cum eorum interesse ab anno 1646. & hoc credito discusso, fuit orta dubietas, an pro eo detur actio hypothecaria, an verò personalis tantum; quare Dom. causæ Commissarius decreuit esse procedendum ad decisionẽ articuli, si adest hypotheca. Mortua tandem Victoria, ego pro eius hæredibus scribens; hanc hypothecam adesse, tribus conclusionibus explanabo.

Prima conclusio erit, hypothecam tãquam assiduam in stipulationibus, hic haberi pro expressa;

Secunda, quia Philippus debitor, fuit relictus executor præfati testamenti, ac simul administrator in hæreditate testatoris, eaque munera libenter exercuit.

Tertia conclusio, quia sub expressa hypotheca Philippus in instrumento inter se, & Ioannem Baptistam Miceri alterum executorem, assumpsit in se solum hoc onus executoris, & administratoris pro adimplenda voluntate testatoris.

36 Circa primam conclusionem attentis supradictis verbis, quibus Philippus debitorem se constituit, sese offert in primis regula desumpta, ex *l. quod si nolit §. quia assidua, ff. de ædilit. edicto, ex l. si prius §.* 1. *ff. aqua pluu. arc. ex l. generaliter §. fin. C. de fid. iuss. & similib.* vt scilicet, quæ vsu quotidiano, et assiduo solent in instrumẽtis exprimi, & si fuerint omissa, pro expressis habeantur, & facit *cap. cum M. extra de constit.* eamq; regulam notat *Bart. in l. si prius §.* 1. *prox. cit. & in l. si fraudator in fin. ff. quæ in fraud. & albi apud addentes ad Bart. in eod. §.* 1. *& Bald. in l. si quis sub conditione, in fine ff. de condit. instit. & in l. errore, post princ. C. de testam. & alibi apud Tiraq. de iure constituti, limit.* 32. *n.* 7. *Canonista in cit. cap. cum M. extra de constit.* & post alios *Gratian. discept. cap.* 548. *n.* 38. & est ista communis sententia, vt *de Marin. resolut. quotid. cap.* 281. *n.* 1. *lib.* 1. Et quamuis in testamento Philippus debitorẽ se constituerit; tamen idẽ est, ac si in instrumento se constituisset, vt infra.

Vnde in hypothesi nostra, hypothecã haberi pro expressa, subdit *Bald. in l.* 1. *sub num.* 27. *ff. solut. matrim.* quem sequitur *Dec. in l. semper in stipulationib. n.* 21. *ff. de reg. iur. & in l. vt liberis num.* 15. *C. de collat. & cons.* 539. *n.* 3. *Iass. in l. certi condictio §. si nummos n.* 2. *ff. si cert. pet. Felin. in cap. ex literis num.* 12. *extra de fide instrum. & in cap. cum M. n.* 6. *de constit. Tiraq. loco nuper cit. Capyc. decis.* 159. *sub n.* 39. *Boer. dec.* 182. *n.* 54. *Surd. decis.* 213. *n.* 5. *Caualcan. decis.* 16. *n.* 10. *par.* 2. *Menoch. de præsumpt. lib.* 3. *præs.* 43. *num.* 5. & quamplures apud alios allegatos per *Gast. de credito cap.* 4. *quæsito* 6. *à n.* 234. *ad tot.* 238. & ità consuluit *Capoll. de actione redhibit. cap.* 553. *n.* 40. *& seq.* & ità decisum in nostro Sacro Consilio, & eius decisionis vidisse processum, testatur *Reg. de Marin. cap.* 196. *circa fin. lib.* 1. & hypothecam haberi pro expressa, etiam in scriptura priuata si dictum sit, vt vim habeat publici instrumen-

menti, decisum in eodem S.Consil. testatur *Maranta in suis singularibus post practicam lit. S. sub verbo, statutum vers. scriptura priuata*, prout iterum in eodem supremo Tribunali decisum refert *Arias de Mesa var. lib. 2. cap. 33. num. 6.*

Contra tamen communem hanc, tantorumque Virorum sententiam, & res iudicatas, non desunt, vt ferè semper accidit, pauci quidam, qui resistere videntur, nimirum *Bald. cons.* 485. *Statuto Ciuitatis n. 4. vol. 1.* sibi contrarius cum locis supracitatis, *Faber de errorib. pragmaticor. decad. 1. error. 1.* quos sequuntur *Gait. de credito cap. 4. quæsito 6. à princ. ad tot. num. 259. & quæsito 11. à nu. 2072. ad tot. 2087. Præs. Merlin. controu. 36. n. 1. to. 1. Merlin. de pignor. lib. 1. q. vlt. n. 2. Arias de Mesa loc. cit. n. 7. per tot.* ac alij pauciores apud hos allegatos. Et quamuis hæc obstacula leuia sint, terminos tamen adeò implicant, & confundunt, vt prudentissimos quoque facilè decipiant: quare illa distinctè resoluere necesse est, ne aliàs hic articulus remaneret indigestus: sed rogo ne notetur in me prolixitas, nam præter necessaria nihil penitus adijciam.

Baldi enim verba *in cit. cons.* 485. sūt hæc; *non sequitur, est debitor instrumentalis ergo interuenit hypotheca, nam hypotheca est adiectio, quæ non præsumitur constituta, nisi probetur*: sed hic in consilijs loquitur pro cliente, non pro veritate, nihilque ad propositum allegat, nec penitus vulnerat, aut tangit, quod ipsemet in contrarium ratione, ac auctoritate legum expressarū, docuit pro veritate in lecturis, vt supra: quamobrem *Baldo* magis credimus in lecturis, vbi dictum suum reddit authenticum, vt ipsemet de se loquitur *cons. 122. verba testamenti n. 1. vers. tertia ratio lib. 1.* & subdit *cons. 101. super primo quæsito, n. 2. circa med. vers. aut sunt alij lib. 4.* securiùs esse procedere, non ex proprio capite, sed per viam filicatam, idest per textus legum.

Idem *Bald. in l. si fundus* §. *in commissoria, ff. de lege commissor.* videtur prima facie contrarius, dicens ea, quæ solita sunt fieri, & apponi in contractibus, non præsumi, nisi probētur, quando aliquid adijciunt obligationi; & allegat *glo. ibi*, quæ contra argumētatur, per hunc *text.* & per *cit. l. quod si nolit*, §. *quia assidua ff. de ædil. edicto*, vt tacitè videatur cōuenire, quod est consuetū: & finit cum hoc argumento: itaq; *glossa* cōcludit, vt consuetū habeatur pro adiecto in instrumento, quemadmodum concludit in *eod.* §. *quia assidua*, ne aliàs viderentur *duæ glossæ* contrariæ. Imò neque *Baldus* est in contraria sententia, sed concludit pro nobis, si bene verba eius examinentur, nimirum, vt solita tunc adiecta non præsumantur quādo præter formam assiduam continent aliquid: cum enim dicat ipse, solita non censeri apposita, quando aliquid adijciunt obligationi; sequitur, vt quando nō adijciunt remaneant in forma consueta sine alteratione, & præsumantur apposita, vt clariùs *Ripa in l. qui Romæ* §. *duo fratres n. 49. ff. de verb. oblig.* quemadmodum *Alex. cons. 28. à n. 4. ad 10. lib. 2. Gratian. discept. cap. 548. n. 39.* notanda igitur illa dictio, *quando* inter verba *Baldi*: quæ sanè verba, nisi sub tali dictione restricta essent; sequeretur, vt nulla clausula assidua censeretur apposita, quia omnes adijciūt aliquid obligationi principali, & sic *Baldi* doctrina esset absurda contra *cit.* §. *quia assidua, & concord.*

37 Scimus enim habere nos in iure solitum cōtinuum, & solitum discretum, siue non continuum. Continuum censetur in stipulationibus appositum, etsi fuerit omissum, vt in hoc §. *quia assidua, & concord.* vt est hypotheca, quæ semper, & indistinctè sine intermissione à vetustissimis vsque temporibus apponi solet, vt notoriè patet ex publicis, & vetustissimis documentis, & ex praxi absque traditione in contrarium: & fuit ritus seruatus etiam ante ius Digestorum, *l. & quæ* §. 1. ibi, *quæ quotidie solet cautionibus inseri ff. de pignor.* & forma talis obligationis, qua vtimur hodie in fine stipulationis, sub clausula, *pro quibus omnibus obseruandis*, exarata est ab antiquissimo *Gulielmo Durando*, in *Speculo in tit. de emption. & vendit.* §. 1. *n. 18. in fine*, ac de ea meminit *Dec. consil. 539. n. 3.* & notarius tacitè rogatus præsumitur, vt clausulas consuetas apponat, etiam si nihil à contrahentibus dictum sit, vt *Bald.* notat in *l. si quis sub conditione, in fine, ff. de condit. instit.* per *text. in l. fin. C. de fideiussor. Alex. conf.*

27. in cauſa, & lite num. 2. lib. 2. Menoch. præſumpt. 43. nu. 5. lib. 3. Gratian. diſcept. cap. 548. nu. 38. de Marin. reſol. quotid. cap. 196. à n. 10. lib. 1. adeò, vt hypotheca naturalis ſit in ſtipulationibus, vt *Bal. in l. 1. ſub num. 27. ff. ſoluto matrim.* quia conſuetudo eſt altera natura, vt *gloſſa in l. actor. C. de probat.* & iuxta vulgatũ axioma; vſus conuertitur in naturam: nec vllum penitus reperitur inſtrumentum, vbi contrahentes obligent ſe ſimpliciter, & vbi reperiretur, eſſet mutilum contra quotidianum vſum, vt in *cit. l. generaliter §. fin. in fine C. de fideiuſſor.* neque careret magna ſuſpicione falſitatis, quia non ſine affectatione poſſet omitti, quod in ore, & calamo notarij, quamuis dormitantis naturale eſt.

Solitum diſcretum, ſiue non continuum, non cenſetur appoſitum in ſtipulationibus, vt in *cit. l. ſi fundus §. in commiſſoria, cum gl. ibi ff. de lege commiſſor.* & eſt exemplũ in *eod. textu*, & inter alia figurari poteſt in inſtrumentis ceſſionũ, vbi clauſula, quòd ceſſio non noceat cedenti, licèt ſolita ſit, non tamen ſemper apponitur: & de hoc ſolito non continuò loquitur *Bald.* qui allegat eandem *glo. in §. in commiſſoria*, & vtitur dictione *quando* ad differentiam ſoliti continui, quod cenſetur appoſitum vt diximus: & ſanè ad clauſulas ſolitas non continuas reducitur confuſio *Doctorum*, per *Gait.* allegatorum in contrarium in *tract. de credito cap. 4. quæſito 6. à num. 252. ad 257.* ſi examinentur ab origine, vnde dependent: inter quos eſt idem *Bald.* loco nunc declarato, *& Ripa vbi ſup.* qui cum hac noſtra diſtinctione ſoliti continui, & non continui loquuntur. Veruntamen iſtæ adiectiones ſoliti non continui, quæ appoſitæ non præſumuntur, de ſtylo præſumerentur ſub pacto, vt clauſulæ ponantur, vel poſitæ extendantur ad conſilium ſapientis, quia magis amplum eſt; quàm ſtylus, & formula notarij, vt per ſe patet, & ex *Baldo in rubr. C. de reuoc. ijs quæ in fraud. ſub num. 7.* quapropter in iſtis neceſſariũ eſſet hoc pactum, non autem in clauſula conſtituti, quàm *Rouit. in pragm. 1. de aſſiſtent. nu. 38.* dicit inſeri poſſe in inſtrumento iam celebrato, ſi ibi pactum ſit, vt clauſulæ extendantur ad conſilium ſapientis: nam conſtitutum, non ſecus ac hypotheca, de qua agimus, in omnibus inſtrumentis inſeri ſolet, vt vetuſtiſſima praxis ad hanc diem oſtendit: & pro inſerto haberi, licèt fuerit omiſſum; pluries deciſum fuit in noſtro Sacro Conſilio, vt apud *Vrſill. ad Afflict. deciſ. 139. ſub nu. 5. Praſ. Merl. controu. 35. num. 8. to. 1. Reg. de Marin. cit cap. 196. circa fin. lib. 1.* Itaque ſapientis conſilium ibi ſuperfluum eſſet, cum ſufficiat notarius, vt ſentit *Bald. loco prox. cit.* idque magis apertè patet, quia notarius tacitè rogatus præſumitur, vt clauſulas conſuetas apponat in inſtrumento, etiam ſi nihil à contrahentibus dictum ſit, vt cum *de Marin. eod. cap. 196. & alijs*, ſupra deduximus. Vnde reſponſum eſt efficaciter eidem *de Marin.* ſibi contrario *cap. 281. eod. lib. 1.* vbi concludit clauſulam conſtituti tunc adiectam præſumi, quando notarius facultatem obtinuit, ſiue rogatus fuit, vt ſolitas clauſulas in ſtipulatione, vel teſtamento apponeret: cum enim tacitè notarius ad conſtitutum apponendum rogatus cenſeatur; nedum non neceſſarium, ſed vanum quoque eſſet id exprimere quod tacitè ineſt *l. 3. C. de fideiuſſor.*

Vana quoque eſſet oppoſitio, quam alicubi inter contrariæ ſententiæ *Doctores* inueni, ſcilicet hypothecam non cenſeri appoſitam de ſtylo in præiudicium aliorum creditorum poſteriorum, vel in actione perſonali: etenim per ſupradicta, idem eſt præſumi hypothecam appoſitam, ac ſi eſſet appoſita: & ideo quemadmodũ appoſita nocet alijs creditoribus, ita etiam illa, quæ habetur pro appoſita.

Concludimus ergo clauſulas ſolitas continuas vt eſt hypotheca, cenſeri tacitè adiectas in ſtipulationibus iuxta ſtylum notariorum: ſolitas verò non continuas nunquã adiectas præſumi niſi quando remiſſæ ſunt ad conſiliũ ſapiẽtis.

38 Supereſt, ad reſoluendas oppoſitiones, vt reſpondeamus *Antonio Fabro*, qui *de errorib. pragmaticor. decade 1. errore 1.* dixit erraſſe pragmaticos tenentes hypothecam vti conſuetam cenſeri adiectam in contractibus: ac adeò ſolennem hunc errorem cenſuit, vt illum in capite libri

collo-

Digitized by Google

collocauerit: sed huius audacia contra magistros in hoc opere (pace tanti Viri) non fuit nisi volatus Icari: & hac in re praesertim deficit in substantialibus, quia non respondet contrarijs, nempe *textui in cit. §. quia assidua, & legibus concordantib.* nec eas allegat: nihilominus respondebimus ad eius argumēta distinctè. Assumit enim in primis, quòd si hypotheca censeretur apposita, vani redderentur *tituli ff. & C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contr.* ac alij *tituli* de chirographarijs, creditoribus loquentes: nā inter cos, & hypothecarios nulla daretur differentia, si inter chirographarios hypotheca censeretur apposita. Respondetur enim breuiter, nos loqui de vno tantum casu, penitus ab illis titulis alieno, nempe de stipulationibus, quae fiunt per tabelliones, vt hypotheca ibi non tacitè ex lege, sed ex contrahentium tacito consensu habeatur pro adiecta.

Dicit secundò *Faber* hypothecam esse quid facti, quod non presumitur, nisi probetur: sed eius verbis generalibus respōdetur, non esse quid facti soliti non assidui, sed soliti assidui sine intermissione, vt ex vetustissimis documentis ad hanc diem extat ritus absque traditione in contrarium, vt diximus: quamobrem ratione assiduitatis hypotheca praesumitur expressa, prout praesumebatur stipulatio duplae, vt in *cit. §. quia assidua.* Imò maiori ratione praesumitur adiecta hypotheca, quā dupla, vt inferiùs habebimus. Eadem responsione resolutum quoque remanet, quod obiter subdit ibidem *Faber*, nempe propositum in mente retentum nihil operari: hoc enim viget in proposito non assiduo *l. cum in plures §. locator ff. locati* sed hypotheca, quae est assidua, non habetur pro retenta, sed pro expressa, vt discurrimus hic.

Dicit tertiò *Faber* fideiussores, & correos debendi solere in contractibus renuntiare beneficijs excussionis, & diuisionis: & tamen si huiusmodi renunciatio fuerit omissa, non intelligitur adesse vti solita, quia his beneficijs expresè renunciandum est, & allegat *Auth. de fideiussor. & de duob. reis.* Respondemus enim solitam renunciationem eo casu non haberi pro apposita, quia leges ei resistunt, vt sunt hi duo *tituli Authenticor.* Vnde emanauit *auth. praesente C. de fideiussor. & auth. hoc ita C. de duob. reis*, quibus beneficia ista conceduntur. Necesse est igitur, vt legi resistenti expressa renunciatio fiat, vt ex *ead. auth. hoc ita, & ex glo. 2. in med. in l. si quando C. de inoffic. testam.* ne aliàs leges ipsae resistentes praeualerent, vt ex *l. praecipimus §. fin.* ibi *non videtur expressum C. de appellat.* Neque consuetudo contra leges istas rationabiles potest introduci *l. 2. C. quae sit longa consuet.* imò quia leges istae *Authenticorum* sunt in robore, ideo illis renuntiare expresè necesse est: aliàs nec expressa, nec tacita renuntiatione opus esset. Hypothecam autem tanquam assiduam haberi pro expressa, nulla lex resistit, & sic remanet sub dispositione *tex. in cit. §. quia assidua, & concordantib.*

Tandem *Faber* dicit clausulam codicillarem, etsi assiduā non haberi pro inserta in testamentis, & allegat *l. 1. & l. illud §. tractari ff. de iure codicillor. l. fin. §. illud C. de codicill. cum similib.* ergo neq; hypotheca: & hic respondemus clausulam codicillarem non posse haberi pro expressa, nam hę proximè allegatae leges ei resistunt: imò nulla ferè clausula in testamento potest haberi pro expressa, licet assiduae sint: quia leges habent resistētes, vt est etiam clausula prohibens deductionem Falcidiae, seu Trebellianicae, quę assidua est de stylo notariorum: & tamen tacitè prohiberi non potest *l. si quis C. ad leg. Falc.* sed expressa prohibitio requiritur, vt in *auth. sed cum testator eod. tit.* Hypotheca vero nullam patitur, legum resistentiam, & ideo remanet sub *cit. §. quia assidua, et concordant.* Et istae quidem clausulae, quibus leges resistunt, possent haberi pro adiectis inter clausulas remissas ad consilium sapientis, quod magis amplū est, quàm stylus notarij, vt diximus: et in hoc sequimur opinionem *Reg. Rouit. in pragm. 1. de assist. n. 38.* non secùs ac de clausulis solitis non continuis etiam diximus. Et cum sint assiduae sine intermissione, possunt comprehendi etiam sub expressa facultate notario concessa inserendi omnes clausulas consuetas: et in hoc bene dixit *Reg. de Marin. cit. cap. 281. lib. 1.* tantùm enim valet haec generalis dictio

dictio *omnis*, quantum si singulæ clausulæ numerarentur, *l. omnes, cum glo. 3. ibi C. de præscr. 30. vel 40. annor.*

Præterea clausula codicillaris apponitur in testamento ad maiorem cautelã, vt scilicet si testamentum fortè non teneat, eo casu clausula per se sola existat, et inducat integram essentiam, siue substantiam codicilli: et inter alios effectus quos producit, facit valere fideicommissum *l. 2. C. de codicill.* ac etiam legata relicta in testamento inualido *l. si iure, C. de testamentar. manumiss.* itaque ista substãtia stabiliri non potest absque verbis expressis, et solennitate quinque testium, *cit. l. fin. §. fin. C. de codicill.* eamque solennitatem nimis subtiliter obseruandam esse legitur in *l. fin. §. 1. C. de fideicomm.*

39 Hypotheca verò non inducit nouam substantiam contractus, nec sola constitui potest ab initio sine actione personali: substantia enim est, vt contrahentes teneantur simpliciter ad aliquid *l. obligationum substantia ff. de act. & oblig.* adeò, quod etiam si quis dicat nolle teneri, nisi super aliqua re, quam singulariter obligauit; nihilominus non dicitur ibi sola hypotheca constituta sine actione personali, sed actio quoque personalis inesse contra debitorem, si deficiat ex culpa sua res illa, quam singularitèr obligauit, vt per se patet, & in *l. pignus C. de pignor at. actione.* Non enim loquimur nos de clausulis substantiuis, quæ inducunt actum, vt est clausula codicillaris, sed de adiectiuis, quæ accedunt actui, & non habent legẽ resistẽtem, vt est hypotheca, non secus, ac stipulatio duplæ, de qua in sæpe *cit. §. quia assidua.*

Imò si duplæ stipulatio habetur pro adiecta; maiori ratione hypotheca, quia per duplam, pretium receptum, & tantũdem restituitur *l. cum emptor ff. ad leg. Falcid.* hypotheca autem minoris ponderis est, quia per eam simplex debitum soluitur. Quemadmodum si clausula constituti quamuis omissa sit, habetur pro adiecta tanquam assidua, vt diximus; maiori ratione pro adiecta stipulationi habenda est hypotheca, quę minoris ponderis est: illa enim transfert possessionem in creditorem *l. quod meo ff. de acquir. poss.* hypotheca autem continet obligationem bonorum tantùm, possessione penes debitorem remanente *§. Item Seruiana Instit. de action.*

Nec hypotheca censetur adiecta ex eo solùm, quòd in ea sit similis, & maior ratio, quàm in dupla, & constituto, iuxtà *l. non possunt ff. de legib.* verùm etiam, quia strictè comprænhensa est sub regula eiusdem sæpe *cit. text. in §. quia assidua*, ibi, *ea enim, quę sunt moris, & consuetudinis, in bonę fidei iudicijs debẽt venire:* nec solùm in bonæ fidei, sed etiam in stricti iuris iudicijs id legimus, prout est actio aquæ ducendæ in *cit. l. si priùs §. 1. ff. de aqua pluu. arc.* & stricti iuris est, quia non enumeratur in *§. actionum Inst. de action.* iuxta *glo. 1. ibi, in princ.* Et remota ista distinctione an actio sit bonæ fidei, vel stricti iuris; indistinctè, ac magna emphasi lex iubet negligentiam notarij supplendam esse iuxta quotidianum vsum, vt in *cit. l. generaliter §. fin. & per tot. & ibi in glo. fin. C. de fideiussor.*

At in casu præsenti sumus in iudicijs bonæ fidei: ad quod fundandum necessè est per quasdam minutias transire, quemadmodum in casu simili eas tetigit etiam *And. de Isern. in cap. 1. n. 10. ex quib. caus. feud. amitt.* hæredes enim Victoriæ Durantis experiuntur actione duabus ex causis orta, nempe pro equorum instructione, ac pecunia mutuò data, vt diximus: sub vnica tamen, & indiuidua quãtitate ducatorum octingentorum, ita vt discerni minimè possit, quantitas vnius causæ à quantitate alterius: et quidem actio pro equorum instructione, bonæ fidei est, scilicet negotiorum gestorum *§. actionum Instit. de action.* Altera causa pecuniæ mutuò datæ videtur stricti iuris, vt *glo. bonę fidei in cap. cum venerabilis, ex. de exception.* quia non enumeratur in *cit. §. actionum, vt gl. 1. ibi, in princ.* et ratio quare videtur stricti iuris est, quia iudex in huiusmodi actionibus non extendit officium suum, nisi ad id, quod strictè exigit actionis natura, vt in *eadem glossa* præsertim in mutuo, vbi semper quantitas restituenda certa est: quod cessat in commodato, et deposito regulari: nam ibi si res perit, intrat officium iudicis, vt ex bono, et æquo æstimet, et declaret illius valorem, vt *Alciat. in rubr. ff. si cert.*

fic cert. pet. n. 15. Vnde infero, quòd cum in casu nostro quantitas mutuò data sit incerta, et confusa, cessat actio stricti iuris ad restituendum tantundem, et intrat officium iudicis ad quantitatem hanc declarandam: et sic à contrario sensu *Alciati* est actio bonæ fidei, iuxta §. *in bone fidei, Instit. de action.* quod patet etiã, quia cum hæc actio ad quantitatem incertã careat nomine, dicitur actio in factum præscriptis verbis *l.* 1. 2. *& 3. ff. de prescr. verb.* quæ bonæ fidei est, vt in *cit. §. actionum*, imò, quod plus est, in *l. fin. cod. tit.* erat quantitas certa, sed quia tantillũ alterata fuit natura mutui, datur ibi actio præscriptis verbis.

40 Præterea dato, sed non concesso, quòd in casu nostro ageretur de vero mutuo in quantitate certa, & sic de actione stricti iuris; nihilominùs, quia confusa est cũ actione negotiorum gestorum, quæ bonæ fidei est; vt diximus modò; assumeret naturam bonæ fidei, quia in indiuiduis magis dignum trahit ad se minùs dignum, vt *Ias. latè in l. Imperium nu.* 3. *ff. de iurisdict. omnium iud.* & facit *l. si communem, & l. si stillicidij §. fin. cum l. seq. ff. quemadm. seru. amitt. l. etiam §.* 1. *ff. de minor. & cap. sacris §.* 1. *ex. de sepultur.* ac æquitatem bonæ fidei, quæ scripta est in *cit. §. in bona fidei*, digniorem esse stricto iure, habetur in *l. placuit C. de iudic.* Et hinc *Bald. in l. quamuis, in fin. C. de transact.* per *text. in l. fundi partem ff. de contrah. empt. & simil.* & post eum *Alex. conf.* 113. *perspectis num.* 2. *lib.* 6. bene dixerunt contractum innominatum assumere naturam nominati, cũ quo permixtus est. Hæc ad vberiorem cautelam dicta sunt, etenim in actione quoque stricti iuris tacitè venit id, quod assiduè solet stipulationibus inseri, vt iam deduximus.

41 Et quamuis in testamento stipulatio ista celebrata fuerit, vbi Philippus N. debitorem se constituit; nihilominus in testamento pignus contrahi posse patet in *l. non est mirum ff. de pignorat. actione*, & in *l. Lucius, & ibi glossa ff. de alim. legat.* prout etiam omnes cõtractus, vt ex *textu, & glo. in l. heredes palã §. fin. in fine ff. de testam. & Din. & Bart. ibi, & Cin. Bald. Salyc. Iason. & Alberic. in l. cum antiquitas C. de testam. ac alij apud Clar. in §. testamentum q.* 75. qui cõcludit eos actus inseri posse testamento, qui non sunt ab illo penitus extranei, prout habetur ex *cit. l. heredes palam §. fin.* Et sanè in casu nostro actus conuenit cum testamento, nam ibi Testator declarauit, quãtitatem ducatorum octingentorum sibi debitam, debitorem, & causam debiti; ac debitor præsens confessus fuit hoc debitum sub verbis amplissimis, declarando se cum iuramento, verum, liquidum, & legitimũ, debitorem eiusdem testatoris pro eadem quantitate, & causa. Imò notarius istam declarationem creditoris, & debitoris, eodem modo scripsit in testamento, quo scripsisset in instrumento: in medio enim instrumento quis declarare solet se liquidum debitorem simpliciter, sed in fine solet apponi bonorum obligatio sub clausula, *pro quibus omnibus*, quam notarius omisit hic: quia postea prosequutus fuit stylum testamenti, ad quod clausula ista non pertinet: quare cum sit stipulatio posita in cubili testamenti, angustissimum locum obtinuit, nec potuit extendi iuxta stylum suum, neque notarius animaduertit obligationem bonorũ collocare, saltem in eadem angustia loci: maiori ergo ratione, quam alibi supplenda est hic hypotheca, quæ tam probabili simplicitate notarij fuit omissa, iuxta *cit. l. generaliter §. fin. et ibi gl. fin. C. de fideiussor.*

Nec vlla potest oriri dubietas, quin hoc sit publicum, & verum instrumentũ, quia continet diem, locum, & Consulem, Iudicis ad contractus auctoritatem, Notarij stipulationem, testium interuentum, partium expressum consensum, & exaratum est in protocollo, ita vt huius debiti plenam fidem faciat absque alia probatione, vt distinguatur à scriptura priuata, quæ fit à non publicis personis, nec per se habet auctoritatem, nisi probetur, vt totum patet ad sensum, quemadmodum *Innoc. in cap.* 1. *ad n.* 3. *de fide instrumentor. & alij apud Nicol. Gen. de scriptura priuata lib.* 1. *quæst.* 1.

Quamuis igitur nihil præter necessaria scripserim, oportuit nihilominùs huiusque primæ conclusionis discursum protrahere ad veritatem ab Antonij Fabri, & aliorum labyrintho extricandam:

sed

ſed quod mirum exiſtimo inter hos cõtrariæ ſententiæ Doctores, vt obſeruare potui, nullus penitus confutare, vel interpretari auſus fuit noſtrum textum capitalem *in cit. l. quod ſi nolit §. quia aſſidua ff. de ædilit. edicto, et concordantes*; ſed eis omiſsis ad alia ſubterfugerunt argumenta, quæ ſatis, ſuperque à nobis reſoluta ſunt: itaque prorſus integra, & intacta remanet hæc textum auctoritas ex qua orta eſt opinio communis, & Sacri noſtri Conſilij deciſiones, ſupra relatæ; vt

42 omnes clauſulæ ſolitæ ſine intermiſſione, quibus leges non reſiſtunt, pro adiectis habeantur in ſtipulationibus, & notarius ad eas adijciendas rogatus præſumatur, vt eſt obligatio bonorum, quãuis omiſsa fuerit in hoc, de quo agimus inſtrumento cuius dies fuit 19. Februarij 1646. vt diximus in principio.

43 SEcunda concluſio præſentis diſcurſus, oſtendit hypothecam etiam tacitã habere locũ ſuper bonis q. Philippi N. debitoris pro ducatis octingẽtis, & eorũ intereſſe, de quibus agimus; etenim Franciſcus Morellus creditor teſtamento reliquit hæredem Victoriam Durante ſororis filiam, vt diximus in principio: eidemque ſine filijs morienti ſubſtituit in bonis exiſtentibus in Ciuitate Baruli Venerab. Conuentum PP. Carmelitanorum eiuſdem Ciuitatis: ac executores teſtamentarios, & ſimul adminiſtratores hæreditatis reliquit eundem Philippum, Doctorem Robertum Mola, & Io: Baptiſtam Miceri, cum hac præſertim poteſtate adminiſtrandi, pluries repetita, quæ non poteſt eſſe maior, ſcilicet vt omnes effectus hæreditatis, præter exiſtentes in diſtrictu Terræ Noiæ; venderentur abſq; decreto Curiæ per eoſdem Executores, & conuerterentur in emptionem annuorum introituum, vel bonorum ſtabilium in eadem Ciuitate Baruli, vel eius diſtrictu, vt ex eiſdem redditibus PP. Carmelitani ſubſtituti miſſas celebrarent pro anima Teſtatoris: & vt ſoluerentur ducati 600. Lauræ Morellæ, ac ducati centum cuidam ſuæ famulæ.

Et cum Doctor Robertus Mola fuerit excuſatus à tali onere, remanſerunt executores idem Philippus, & Io: Baptiſta Miceri, mediante decreto Curiæ Baruli qui libenter onus acceptarunt, conficientes inuentarium ſolenne, ſub die 2. Martij 1646. vbi inter debitores Teſtatoris ipſemet Philippus notatur debitor in his ducatis octingentis, ac exinde ex cauſa tranſmigrationis Roberti extra Ciuitatem Baruli, remanſit ſolus in executoris, & adminiſtratoris munere Philippus, vt ex inſtrumento inter eos ſub die 11. Iulij 1647. vbi qualiter Philippus ſe immiſcuerit huic adminiſtrationi, legitur ita; *Et quia ipſe Io. Baptiſta intendit diſcedere ab hac Ciuitate Baruli, & facere incolatum in Ciuitate Barij, & non poteſt incumbere ad applicationem annuorum introituum, ſeu bonorum ſtabilium ex pecuniarum quantitatibus, quæ ſunt in poſſe ipſius Io. Baptiſtæ, dictique Philippi pro adimplemento voluntatis dicti q. Franciſci, & ſubſtitutionis factæ in dicto ſuo vltimo teſtamento in beneficium Vener. Monaſterij, ſeu Conuentus Diuæ Mariæ Carmelitanæ de Barulo, caſu quo dicta Victoria deceſſerit ab hac vita ſine filijs ex corpore legitimè deſcendentibus: propterea præſenti die rata manente aſſertione prædicta, ipſe Io: Baptiſta dedit, ſoluit dicto Philippo vno ex executoribus teſtamentarijs dicti quondam Franciſci, præſenti, recipienti, & penes ſe trahenti ducatos ſexcentos in moneta argentea, & aurea, boni, & iuſti ponderis ex effectibus, & pecuniarum quantitatibus quæ peruenerunt in poſſe ipſius Io. Baptiſtæ.*

Executores enim vltimæ voluntatis ferè per omnia curatoribus exequantur, quia ſicuti curatores dantur bonis abſentium, vt in *l. ſi quis inſtituatur §. fin. ff. de hered. inſtit.* ita executores, quia dantur bonis mortuorum; & mortui loco abſentium habentur *l. cum quaſi ff. de fideicommiſſar. libert.* quemadmodũ *Bald. in l. nulli num. 10. C. de Epiſc. & Cler.* vo- 44
cat executores ad pias cauſas, curatores animæ: vt in caſu præſenti propter ſubſtitutionem ad beneficium Religioſorũ Carmelitanorum, vt miſſæ celebrarentur pro anima Teſtatoris. Imò conſtat exæquari tutoribus, & curatoribus, quia ſicuti tutores, & curatores, ſi teſtamento relicti ſint, ſatiſdare non tenentur, ac datiui tenentur, vt in *l. 1. cum gloſſa C. de tutor. & curatore qui ſat. non ded.* ita

exe-

Digitized by Google

executores vltimarum voluntatum *l. liberto §. Largius ff. de ann. legat. cum l. solent ff. de alim. & cibar. legat.* & ficuti tutores, & curatores tenentur ad rationem reddendam, vt vulgata sunt iura, ita executores *l. si hæres, cum gloſſa ff. de condict. ca. data*, & tandem ficuti tutores, & curatores reſtituuntur ex perſonis eorum; quos defendunt, vt in *l. 2. & toto tit. C. ſi tutor, vel curator interu.* ita executores, quia reſtitutio datur ex perſonis mortuorum, quorum voluntates defendunt, *l. ab hoſtibus in prin. & l. qui mittuntur §. item paganum ff. ex quib. cauſ. maior.*

Itaque nonniſi nomine videntur differre tutor, & curator ab executore, ſed re ſunt idem: prout ſub executoris nomine tutores, curatores, & ſimiles, includit *gloſſa fin.* quæ notabilis eſt in *l. final. ff. de teſtib.* & conſequenter meritò omnibus his eadem priuilegia conceduntur, vt *in l. qui neque §. 1 cum glo. ibi, & l. ſi prædia ff. de reb. eor.* & contra omnes datur tacita hypotheca, vt videtur ſentire *glo. in l. fin. ff. de tutel. & rat. diſtr. per tex. in l. pro officio C. de adminiſtr. tutor.* & expreſſiùs patet in *l. properandum §. fin. C. de iudic.* vbi habetur tacitè obligata eſſe bona tutorum, & curatorum ad lites, & negotia, tam pupillorum, & adultorum, quàm aliorum ſub curagentium maſculorum, vel fœminarum, per verba ibi; *& res eorum*, & hoc alibi expreſſiùs non inueniri dicit *Bald. & Alex. ibid.* quod etiam in actore locum obtinere ſi datus ſit à Iudice, dicit *Bart. in l. actor. nu. 7. ff. rem rat. haberi, & Iaſ. in ead. l. properandum. § illo procul ſub num. 5.* prout in caſu noſtro à Iudice fuit D. Philippus confirmatus executor, vt diximus. Sub quibus ſanè vocabulis generalibus omnes adminiſtratores, & executores vltimæ voluntatis contineri, patet ex ſe, & ex *cit. glo. fin. in l. fin. ff. de teſtib.* quemadmodum *Bald. in l. nulli num. 10. C. de Epiſc. & Cler. Roman. conſ. 119. Dec. conſ. 72. viſo puncto num. 1. verſ. iſti enim executores, Burſat. conſ. 133. num. 15.* Quare tot ſolidis fundamentis magis robuſta, & inconcuſſa redditur communis ſententia, quæ vult aduerſus omnes adminiſtratores dari tacitam hypothecam, vt videre eſt, apud *Card. Mantic. de tacit. lib. 11. tit. 16. Thomas. de tutorib. & curatorib. tit. 38. & Merlin. de pignor. lib. 3. tit. 1. q. 2.* Doctores enim hanc ſententiam tuentur licèt non adhibitis omnibus his terminis per me deductis.

Nec ſolum executores, quando adminiſtrant, de quibus locuti ſumus, tenentur ſub tacita hypotheca; verum etiam (quod plus eſt, & ponderandum) quando illorum officium, non tam in adminiſtratione, quàm in auctoritate, & conſilio ſupra tutores conſiſtit: ſunt enim in effectu idem præcisè, ac tutores, & curatores honorarij, vel cauſa notitiæ dati, qui non ſecus, ac tutores, & curatores adminiſtrãtes obligati sũt, vt in *l. 3. §. 1. ff. de adminiſtr. tutor. l. ſi quis tutor §. 1. ff. de ritu nuptiar. l. quod ſi fortè §. 1. ff. de ſolut. l. 1. C. de peric. tutor.* Etenim, qui antiquitus tutores, & curatores honorarij appellabantur, hodie paſſim executores appellantur: nec attendimus nomina, ſed effectum, *l. ſi filius, & glo. ibi ff. quod cum eo.* Tenentur tamen in defectum tutorum, vel curatorum adminiſtrantium, nam etiam in eorundem defectum adminiſtrare tenentur, vt in ead. *l. 3. §. 1.* Si ergo executores conſtituti ſupra tutores, & curatores tenentur ſub hypotheca tacita; multo magis benè concluſum eſt hîc à nobis, teneri executores, qui immediatè adminiſtrarunt, & in effectu ſunt idem, ac tutores, & curatores abſentium: imò in caſu præſenti fuerunt curatores animæ, ſecundùm *Bal. loc. prox. cit.* propter ſubſtitutionem ad beneficium Eccleſiæ pro celebratione miſſarum pro anima Teſtatoris: & pleniſſimam adminiſtrationem obtinuerunt, etiam vendendi bona, prout ea vendiderunt, vt hæc omnia ſupra deduximus: & cum iſta concluſione reſidet *pract. Papienſ. in forma libelli ad redd. rat. tutelæ §. debitam in princ.* prout *Ricc. collect. 769. Carpius de executore teſtamentar. lib. 3. cap. 12. num. 20. & Conſiliar. de Roſa conſult. 24. n. 18.* allegantes *Peguer. decif. 131.* qui teſtatur ſic fuiſſe deciſum, ac etiam confirmatum in gradu reclamationis in Senatu Cathaloniç. Itaq; muniti ſumus ratione, auctoritate, ac re iudicata.

Digitized by Google

44 Sed videndum est vbinam Dom. Philippus defecit, & quam culpam commisit in hac administratione, vt locus detur huic tacitæ hypothecæ contra eum: defecit, inquam, quia non soluit sibimetipsi tanquam executori hos ducatos octingentos, quos tanquam debitor Fráncisco testatori promisit, & in eius hæreditatis inuentario, vt dictum est, descripsit, iuxta *l. diuortio, in fine, cum glo. penult. ff. de neg. gest. l. peculium §. 1. ff. de pecul.* Imò maior culpa fuit à semetipso non exigere, quàm ab alijs: quia contra alios non poterat experiri sine actione, sed contra se poterat; quamobrem etiam ad vsuras tenebatur, quas à se exigere debuit, vt in *l. quoties §. item ff. de adminiſtr. tutor.* Eratque actio ista in solidum contra Philippum, tum quia ad illum redacta fuit integra administratio, vt diximus, tum etiam, quia sic iure cautum est in quolibet administratore vt teneatur in solidum vt in *l. 2. §. si plures ff de curat. bon. dando l. 1. C. quo quisque ord. conu. lib. 11. l. creditor mandatorem §. duobus ff. mandati*, & id in executoribus vltimarum voluntatum in specie dixit *Oldrad. conſ. 130. sub num.* 8. Vnica enim est in his omnibus ratio, vt etiam deductum est. Et hæc sanè hypotheca tacita contra Philippum, initium sumpsit à die cæptæ administrationis *l. cum oportet §. fin. C. de bon. quæ lib.* & apud *Mantic. de tacit. lib. 11. tit. 16. num.* 18. à die scilicet inuentarij confecti, quæ fuit 2. Martij 1646. vt supra notauimus.

45 TErtia conclusio tertiã parit hypothecã pro his duc. 800. & eorũ interesse de quibus agimus cõtra Philippũ executorẽ, vt supra: etenim Ioannes Baptista Miceri alter executor, cum transmigraturus esset extra Ciuitatem Baruli, cessit hanc administrationem Philippo, qui onus integrum in se recepit pro adimplenda testatoris voluntate, ac substitutione per ipsum ordinata in beneficium Conuentus Diuæ Mariæ Carmelitanæ, & de manibus Miceri recepit ducatos sexcentos eiusdem Testatoris, vt patet ex publico instrumento inter eos habito in eadem Ciuitate Baruli die 11. Iulij 1647. & præsertim ex eiusdem instrumenti verbis exaratis supra in secũda conclusione; & pro his omnibus obseruandis Philippus in fine obligauit expressè, vt moris est, omnia bona sua.

Et hæc sanè bonorum obligatio transit absque dubio ad beneficium hæredis Francisci Morelli contra Philippum pro his duc. 800. quos non soluit sibimetipsi, vt tenebatur, iuxta mox dicta. Primò quia Miceri, & Philippus ex necessitate officij tanquam executores testamentarij ad stipulationem hanc deuenerunt: vt de procuratore, tutore, curatore, & simili habemus, vt ex eorum contractibus vtilis actio principalibus acquiratur, *l. eum qui §. fin. cum l. seq. ff. de conſtit. pecun.* in quibus vnica ratio est cum istis executoribus, vt in secunda conclusione deductũ est. Secundò quia Philippus promisit id quod erat hæredis, nempe administrationem bonorum testatoris, ac eius pecuniam penes se recepit è manibus Miceri; qui enim stipulatur rem meam acquirit mihi vtilem actionem contra promittentem, *l. penult. C. ad exhib.* etiam si ex re mea stipulætur aliquid scilicet pretium, vel fructus, *l. quod procurator ff. de procurator. l. Iulianus §. si procurator ff. de action. empti*: ita *Bart.* qui hos textus allegat in *l. stipulatio ista §. si stipuler num. 3. verſ. Secundò fallit, & verſ. Quinto ff. de verb. oblig. & scribentes ibi*. Tertiò quia intererat Miceri, vt contenta in stipulatione adimplerentur: quare alteri stipulari potuit, vt in eadem *l. stipulatio ista §. alteri cum glo. ibi nihil*: nec aliàs ipse teneretur: & hac ratione datur actio directa stipulanti, & vtilis illi cui stipulatio dirigitur, vt *tex. in eod. §. si stipuler*, vbi casus noster similis legitur, de administratione contutori cessa, & in *§. sequenti*: quare sufficit allegare cit. *l. cum qui §. fin. ff. de conſtit. pecun.* vt ad fauorem Victoriæ dicatur fuisse translata hæc hypotheca expressa contra Philippum.

Triplici ergo hypotheca constat munitos esse hæredes q. Victoriæ Durantis, hæredis q. Francisci Morelli super bonis quondam Philippi debitoris. Prima, est expressa præsumpta, à die 19. Februarij 1646. vt supra in fine primæ cõclusionis. Secunda hypotheca est tacita,

ta,

ta, à die 2. Martij eiusdem anni, vt conclusum est in fine secundæ. Tertia est expressa vtilis à die 11. Iulij 1647. vt in tertia conclusione: duæ tamen posteriores hypothecæ deductæ sūt ad maiorem cautelam, cùm adsit anterior, secundùm quam hæredes isti locum obtinere debent inter creditores eiusdem Philippi pro his ducatis octingentis, eorumque interesse, nempe à die 19. Februarij 1646. vt à Supremo Senatu decernendum fore mihi promitto. Neap. Cal. Iunij 1673.

Antonius Galisius.

Quibus ingeniosè, & subtilissimè peroratis per virum Doctissimum non desunt alij consentientes, inter quos Barbatus noster de Assistentia *gl.7.* fundantes hoc totum eorum negotium in *l.quod si nolis* §. *quia assidua ff. de edilit. edict. & in l.generalitèr* §.*finali*, ibi, *& in vsu quotidiano semper hoc versare aspicimus, ff. de fideiuss.*, *& in cap. cum M. Ferrariensis de constit.* tamèn ex quo non versamur circa naturalia, nec circa essentialia contractus, sed circa accidentalia dumtaxàt, cessant proculdubio dispositiones dictarum legum, quæ circa naturalia benè agnoscunt in ipsis disposita, *text.* etiā
46 *in d.* §. *quia assidua* de dupla loquitur, quæ in pœnam non seruati contractus adijcitur, vndè merito intellecta, & si non apposita, quia versatur circa naturam contractus, vt is omnino inter partes seruetur, & sic ad maiorem contractus firmitatem adinuenta prodest, & non nocet contrahentibus: cùm in illum finem contrahant, vt quod contraxerunt non euadat elusorium, & sic *in d.* §. *fin.*, quia distrahere contractum de natura contractus est: imo distractio est symbola contractui, & proinde pactum distrahendi, & liberandi correum debendi, non est in quo præiudicet distrahenti, quando integrum creditum exigere valeat ab omnibus; licèt diuisa per pactum actione, & sic de singulis.

In hypothecaria verò totum est oppositum, quia si ea tanquàm contractus differens cui adijcitur subintelligeretur ceù assidua, & adijci solita, & si per solitum continuatissimum, causaret non-
47 nullos extraneos effectus, præter essentialia, & naturalia contractus, cui adijcitur. Primum causaret effectum incompatibilem diuersarum specialitatum in eodem subiecto, quia ex illo assiduo subintellecto solito inducerentur duo specialia, & suppletionis minus dicti, & suppletionis minus scripti. minus scripti *per l.errore C. de testamentis*, ibi *errore scribentis testamentum iuris solemnitas mutilari nequaquàm potest, quoniam minus scriptum plus nuncupatum videtur.* minus dicti per *l.fin. C. quæ res pign. oblig. poss.*, quia tùnc sub illa clausula hypothecaria continerentur ne dum bona præsentia obligantis, sed etiàm futura per suppletionem *minus dicti*, quando, circumscripto supplemento per Iustinianum introducto *in d.l.fin.*, bona præsentia dumtaxàt censebantur obligata, nisi in specie obligarentur bona etiàm futura, *vt per gl. inibi in verbo sanctionibus*, & sic cum duo specialia concurrant in illa assidua subintellecta clausula, non benè concurrere possunt eodem in subiecto absque turpissimo effectu, in quo magis intrat præiudicium tertij specialem, & expressam hypothecam in scriptis habentis, pro quo vnum dumtaxàt speciale concurrit, nempè *minus dicti*, ex supplemento decisionis Iustiniani *in d. l. fin.* §. *fin. C. eod. de pign.* per quam ad supplendum minus dictum, requiritur, vt aliquod dicatur, & si sit minus dictum, quod dicitur ibi, *si quis in cuiuscumque contractus instrumento ea verba posuerit*, quod non est in illa assidua sub intellecta clausula, in qua non est, nec minus scriptum, nec minus dictum, sed non scriptum, & non dictum inspicitur, & proindè semper erit potior is, qui saltim habet dictum, & si minus, eo qui non habet, nec minus dictum, nec minus scriptum *arg. l. quoties. C. de reiuendic.* quod nota.

Secundum est præiudicium, quod infert dicta subintellecta assidua clausula, quia quando debitor non obligatur ex natura contractus, nisi personalitèr, videretur etiam absq; sua intentione obligatus realitèr cum hypotheca, & sic supponeret se duplici præscriptioni, & actionis personalis, quæ est breuioris tēporis, & actionis hypothecariæ, quæ est

longioris temporis,& sic finita præscriptione actionis personalis, adhuc extaret, & curreret præscriptio actionis hypothecariæ, & consequenter liberatus ab actione personali, quæ est naturalis in contractu, remaneret obnoxius adhuc hypothecaria, vt probatur per puntualem *text.in l. intelligere C. de luitione pignoris*, ibi *intelligere debes, vinguila pignoris durare, personali actione summota*, igitur plus cooperaretur, quod non est scriptum, & subintellectum, quàm quod est scriptum, & expressum, quando regula aliter se habet, & non valet regula de casu vero, ad casum fictum, cum non fictio, sed expressio veritatis sunt in argumento eorum, qui contrariũ tenent, quæ expressio nunquam haberi potest à non scripto, & à non dicto, & si saltim minus in vtroque.

Tertium est præiudicium, quod causat dicta assidua subintellecta clausula præter, & contrà voluntatem contrahẽtis, quia si is esset in sola actione personali, vtique dicta actio actiuè, & passiuè diuideretur inter cohæredes, quod secùs est in hypothecaria, quæ semper insolidũ durat *l. manifesti, & l. actio quadam C. si vnus ex pluribus*. Ergo si hæc, & sexcenta symbola notissima præiudicia, & intolerabiles incompatibilitates causat hęc assidua subintellecta clausula, quomodo subintelligi valeat ex illo assiduo solito,

48 adhuc continuato ab initio, & ante sæcula, quando solitum illud, seù assuefactio non potest operari in vniuersum tanquam à facto alieno, & non à iure dependens. *D. Reg. de Ponte cons.*132. *n.* 26.*vol.* 2. nec stylus, & calamus Notarij hanc assiduitatem introducere poterant, quin aliàs non esset in calamo Notarij peruertere omnes contractus contrà contrahentium voluntatem, *D.Reg. Ronit. decis.* 28. *sub num.* 10. ex solo illo

49 quæsito colore, quia sic alij contraxerunt, quando regula est, quod res inter alios acta, etsi de eorum more, & assuefactione, non vocet, nec potest tertio, vulgatis iuribus. Merito igitur cum simus circa accidentalia contractus, quæ possunt esse, & abesse citrà contractus corruptionem, nunquam debet subintelligi illa clausula, nisi expresse de voluntate partium apponatur: cùm Notarius censeatur rogatus à partibus, vt apponat clausulas solitas circà naturalia, & substantialia contractus, vt is sit firmus secundum eorum intentionem, non autem circa accidentalia contra eorum placitum, vt probant *gl.& Bald. In l.si fundus, §.in commissoria, ff.de lege commissoria*, & hanc opinionem nouissimè sequuntur Doctores approbatæ etiam opinionis in numero, & mensura; quæ omnia inferuntur honoris gratia Domini mei Antonij Galisij, non vt in aliquo præiudicium inferatur; sed vt magis posita iuxta se posita elucescant ad suscipiendam veritatem, in tam, etsi vulgari, terribili tamen articulo.

50 Collige duodecimo, quod successor conductoris alicuius officij cùm administratione, vel gabellarum, tributorum, datiorum, vel alicuius loci piscatorij, & artificij non tenetur stare locationi: nisi ipse sit æquè idoneus ad exercendũ illud officium, vel artificium, gabellam, vel datium *l.adeo, & ibi Bart. ff.pro socio Bald.in rubr.C.eod. tit. Petrus de Vbaldis de duob. fratr.*11. *quæst.*13. dicens hoc esse summopere notandum pro hæredibus, & successoribus prædictorum conductorum, *Ruin.cons.*90.*num.*8.*vol.*1.*Firmian. in verbo gabellarum locatio sub num.* 11. *Franc.Marc.decis. Delfin.*201.*parte* 1.*post eos Caroc.d. tract.tit. de successore quæst.*7. *sub num.* 28.

51 Collige decimo tertio, quod si Vassallus ante culpam commissam locauerat fundum, & postea deuoluitur ad dominum directum, tenetur dominus ille stare locationi per Vassallum factæ in termino habili *cap.*1.*§.denique, quæ fuit prima causa beneficij amittendi, Purpur. cons.*429.*num.*6. *Mantica loco cit. sub num.* 30., quod intellige etiam in emphyteusi locata ante expulsionem vtilis domini; tùnc etiam conductor expelli non potest *Alex. in d. §.si cui num.*18. secùs si deuolutio succedat ex culpa emphyteutæ, ob non solutionem canonis, vel ex alia culpa: quia tùnc, ex quo consolidatur vtile dominium cùm directo, certè dominus directus non teneretur stare locationi, quod non esset si dominus succederet iure emphyteutæ, vt decla-

declarat *Mantica loco cit. in verf. sed aduertendum est*.

51 Collige decimo quarto, quod etiam filius fuccedens in legitima, renetur ratā habere locationem rei, in qua pro fua fuccedit legitima, ad tradita per *Caroc. dicto tit. de fucceffore, quaeft. 15. fub num.* 3. fubdens *fub num. 4.* Mercedes famulorum, Notariorum, Nautorum, Procurarorum, & Aduocatorum, penfiones domorum, vecturæ æquorum, & fimilia ad materiam locati, & conducti, præferri legatis, & falcidiæ.

A R G V M E N T V M.

Accidens an fit fymbolum in locatione, & venditione.

S V M M A R I V M.

1 *Accidens quomodo fit differens in locatione, & venditione.*

2 *Aurifex paciscens anulos mihi facere certa forma, accepto pretio, an dicatur, vendere, vel locare, & num. 7. & 8.*

3 *Text.* in l. item fi §. cum infulam ff. locati *ponitur fub dubio non refoluto à Piccardo fub num. 10. & 11. refoluitur ab authore fub num. 4.*

5 *Verbum* transferre *quādo accipitur pro*, reftituere.

6 *Pactum de remittendo eſt fymbolum locationi, non autem venditioni.*

7 *Boues locati, praeuia aestimatione, an faciant venditionem, vel potiùs locationem.*

8 *Conducens equm ad vecturam ad quid; & quando teneatur, & quid in vefte accomodata fponfa num. 9.*

10 *Deterioratio rei locatae accidere poteſt in rebus animatis, mobilibus, & ſtabilibus.*

11 *Locatio facta de die in diem an fit vera locatio.*

12 *Locatio facta fub conditione an fit vera locatio.*

13 *Locatio facta ad menfuram an fit vera locatio.*

14 *Nauis locata duarum millium amphorarum, conuentione pro mille fcutis conducta, mille debentur, etiam fi nauis non fit capax tot amphorarum: declaratur vt num. 15. 16. 17. 18. 19.*

20 *Nauis locata, & impedita ob aliquod accidens ante quàm appulet portum defignatum, an debeatur tota locatio.*

21 *Modus in locatione an fit caufa fufpenfiua, quominùs dici poſſit locatio.*

22 *Teftator inftituens haeredem fecundum conditiones infrafcriptas, fi non fcripferit conditiones, an faciat difpofitionem validam.*

23 *Teftator non curans, vt de fuo teftamento conficiatur fcriptura, an benè difponat.*

24 *Contractus in difpofitione finitus non inficitur per qua fequuntur.*

25 *Conducens operas ad aliquid faciendum intelligitur, vt perficiat operas.*

26 *Dominij quaeſtio quādo fit accidens fymbolum.*

27 *D. Praefes Merlinus contr. forenf. lib. 1. cap. 90. declaratur ab authore.*

28 *Locatori competit etiam remedium* cap. 17. quæft. 1.

29 *Locatori, & conductori quando competat manutentio, & num.* 30.

31 *Manutentio an concedatur, patefacto dominio.*

CAP. VII.

1 Svnt adeo fymbolæ locatio, & conductio cùm emptione, & venditione, quod nifi aliquod accidens detegat earum velamen; vix dignofci poffet ab interpretibus vtra fit locatio, an venditio.

2 Et primum velamen illud erit, fi cùm orifex mihi conuenerit, vt cum auro fuo is mihi anulos faciat certi ponderis, certæ formæ, certoque pretio, an locatio, vel venditio efse dicatur, & *Caffiani* fententia reiecta, emptionem materiei loca-

Digitized by Google

locationem operæ contrahi existimantis, vt idem *in l. 2. §. adeo C. eod. l. Sabinus l. conuenit ff. de contrah. empt. l. itèm pretio §. quoties ff. locat. l. scribit §. in aurifice ff. de auro, & arg. legat.*, post Lafarte de decima venditione testatur vir doctus *Antonius Piccardus in §. itèm quæritur instit. de locat. & conduct. in princ.*

3 Et licet aduersùs vrgere videatur *text. in l. itèm si. §. cùm insulam ff. locat.*, vbi, si conuenerit, vt faber insulam edificet, & omnia prorsùs ex sua materia faciat, locatio, & non emptio dicetur, & proinde idem dicendum in suprapositio casu, ex quo corpus fit, de quo mentio *in d. l. Sabinus*, eo quod causat contractum emptionis, & non locationis, est opicificis, non verò locatoris, at aurum erat orificis, nulla poterit assignari dispar ratio inter primum, & vltimum casum, quominus in omni eorum negotio non sit, vel symbola locatio, vel symbola venditio.

Respondet Piccardus, quod, vt fiat operarum locatio, necessè est, vt corpus ipsum ab eo detur, cui opus fit, vt probatur *in d. l. Sabinus*, in casu suprapositio nullum corpus, sed pecunia dumtaxat datur: Vnde locatio nullatenus esse poterit. Vlterius in prima conuentione interuenit datio, hoc est translatio dominij materiei, & factum, nempè artificis opera, datio enim in tali casu principalitèr attendi debet, non verò factum, quod est accidens: cùm principaliter agatur, vt formatos anulos ex auri materia, quæ erat aurificis, aurifex det mihi, quod aut vt ipse faciat venit in quandam consequentiam, quia alitèr anulos tradere non poterat, nisi priùs faciat; atqui, quod principalitèr agitur attendi debet *l. si quis nec causam ff. si cert. petat.*, & datio siuè dominij translatio est de natura emptionis *l. clauibus l. cùm manufata ff. de contrah. empt.* & prorsus aliena à locatione *l. non solet ff. locat.*, constat non locationem, sed emptionem esse.

Hæc Piccardi responsio benè consonat cū dispositione *d. l. Sabinus*, ibi, *nec posse vllam locationem esse, vbi corpus ipsum non datur ab eo, cui id fit*, & consequenter cùm aurum, ex quo formari debent anuli, non fuit corpus latum ab eo, cui anuli formari deberent, absque scrupulo erit contractus ille emptio, & non locatio, ex quo pretium traditum symbolizatur cùm corpore, & opera, & consequentèr ex traditione corporis, opera subsequitur naturam eius, cui inhæret tanquàm accidens in subiecto: pro vt esset locatio, & non contractus innominatus *do, vt facias*, quando quis promittit cùm Naui sua exportare frumentum, quod licèt in exportatione requiratur opera exportantis; tamèn quia illa opera inhæret Naui locatæ, in qua exportatur frumentum, erit sine dubio locatio, & non contractus innominatus, vt infrà dicemus.

Cardo difficultatis stat respondere *d. §. cùm insulam* vbi Faber conuenit insulam edificare ex omni Fabri materia, ergo similitèr in tali casu venditio esse deberet: cùm nullum corpus fuerit ab eo traditum, cui a Fabro Insula edificari deberet, & fit locus dispositioni. *d. l. Sabinus*, sed materia Fabri est, ergo similitèr in hoc casu venditio existimari debebat.

Nec in aliquo obstat ratio adducta ab eodem *Piccardo loco cit. sub nu. 4.* dicente, ideo ibi locationem esse, & non venditionem, quia conductor id solum requirit, quod artifex edificet, & licet ex tali edificio sequatur, eius proprietatem ipsi venditori acquiri, talis acquisitio non est in consideratione: Non enim prouenit ex voluntate edificantis, aut ex ipsa conuentione, sed ex legis dispositione, quæ debet edificium super impositum solo meo mihi acquiri. *§. ex diuerso instit. de rer. diuis. l. adeo §. ex diuers. ff. de acq. rer. domin.* cùm similibus, & sic licet datio, & factum interueniant, quia tamen factum principale est, datio verò accessoria, contractus erit locationis, aliàs si secùs esset (subdit Piccardus) ex vno, eodemque contractu, & actu diuersæ conuentiones resultarent, & orirentur, contra reg. *text. in l. 1. §. quid si rem ff. deposit.*, hæc enim Piccardi ratio sumitur ex dispositione *d. l. Sabinus in fine*, ibi, *Fabro fuit area tradita, in qua edificare deberet is edificium*, & quia iam materia est eius, cui edificium fieri debet

bet,non mirum si sit locatio,& non ven-
ditio, & sic etiam probat *gl. in d. §. cùm*
insulam in verbo *locauero*, quia difficul-
tas stat in verbis *text.*, ibi, *proprietatem*
quid eorum ad me transfert, & tamen lo-
catio est: cùm si transferatur dominium,
nunquam locatio esse poterat, tanquàm
contraria locationi proprietatis transla-
tio *d.l.locatione.*

4 Iudicio meo, erit dicendum, quod li-
cet in vtroque casu materia sit opificis:
tamen oportet cognosci id, quod com-
munitèr accidit, cui frequentèr adapta-
tur legis dispositio, *l. nàm ad ea ff. de le-*
gib., atqui frequentèr anuli, vectes, &
cætera vasa venduntur ex materia opifi-
cis, quia in Ciuitate stant viculi, vbi
tales opifices stant parati ad omnia illa
vendenda, nil mirum si contractus, qui
regularitèr fit de talibus operis cum
materia opificis, sortiatur solitam para-
tam naturam venditionis, in qua opifex
paratus est frequenter, vt id faciat; se-
cus est in Fabribus, qui sunt in Ciuitate
parati, vt locent operas suas principali-
tèr, non vero, vt vendant edificia, vt
patet apud omnem mundi nationem:
cùm ergo Faber paratus sit principali-
tèr, & frequentèr, vt locet operas suas,
quando postmodum accedit conuentio,
vt edificet Insulam ex omni sui opera, &
materia, non principalitèr conuenit, vt
vendar, ex quo sui officij est non ven-
dere; sed locare opera, & materia illa
venit in quandam consequentiam, quæ
tametsi transferatur symbola cum eo,
quod principalitèr fit,& fieri intenditur:
tamen illud est, quod fieri intenditur,
quod frequentèr accidit,& hoc est,quod
voluit dicere *Bart.in d. l.2. §.adeo, & in*
l.eotem ferro, *Menoch. & Iasart. adduct. à*
Piccardo, quia de solo non est aliqua
consideratio, quando ad *Fabrum* spectat
Insulam dumtaxat edificare ab eo, cui
sit designatio:cùm alias si Insula edifice-
tur in solo Fabri, vtique venditio erit,
& non locatio, ex contraria *text.* intelli-
gentia, vt diximus supra *tit. 1. cap. 12*
verf. declara secundo.

Vndè si dissentio erit intèr hos vlti-
mos contrahentes de opere, & eius stru-
ctura,actio locati, & non venditi impar-
tiri debet, sic etiam si materia deterior,
& vitiosa sit data, vt aduertit *text. in*
*d. §.itèm quæritur instit. de locat.*quod se-
cùs est quando materiam meam ei de-
dero, vt ex ea opus mihi aliquod faciat:
tùnc erit proculdubio locatio, & con-
ductio, non ex ea sola ratione, de qua
mox supra, quia opera consideratur vt
principalitèr, & materia vt accessoria,
sed etiàm, quia corpus siuè materia da-
ta, datumque est semper dantis. *d.l.scri-*
bit, & l. conuenit, & propterea naturali
ratione opus,quod ex ea factum est,eius-
dem manet ex regula *d.l. ideo §.cùm quis*
ff.de acq.rer. domin. quia ei dari non po-
test, qui in ea dominus est *arg. §. sed si*
rem legatarij secundum Piccardum loco
cit.in fine,& sic tunc verbum illud *trans-*
5 *ferre* stare debet, pro *restituere, l.verbum*
reddendi ff.de verb.sign.& in l.cui quidem
ff.de legat.2., & non pro dominio trans-
ferendo, vt res, quæ mea est,mihi tra-
datur, hoc est restituatur cùm factura
accidentali materiei meæ.

Secundũ se offert symbolũ accidens in
locatione,quãdo fuerit in contractu pro-
6 missum de faciendo aliquam remissionẽ
ex aliquo accidenti: tunc enim hoc ac-
cidens erit proculdubio symbolum lo-
cationi, quia tale pactum locationi, &
non venditioni conuenit *Socc. cons.* 88.
vol. 2. vers. quod etiàm cognoscitur lib. 1.
natura enim locationis ea est, vt pericu-
lum sit locatoris: non verò conductoris,
& ob id fiat remissio. *l. ex conducto. §. 1.*
l.merces §. vis maior ff. locat., & quomo-
do sit facienda talis remissio etiàm ac-
cidente renunciatione casus fortuiti, &
inopinati, soliti, & insoliti vide *Grat.*
discept.forens.cap.557. nu.63.lib.7. Thor.
compend. decis. Regni in verbo remissio
Mercedis, *Mastrill. decis.299. Gama de-*
cis.349. Surd. decis.326. Vrsill. ad Afflict.
decis.90.& 150. Magon. decis.flor.67. Ro-
ta Romana decis. 178. post alios Anton. de
Amato resolut. 18. per totam, quod secus
est de natura emptionis, in qua pericu-
lum est emptoris *l.necessario ff.de peric.&*
comod.rei vendit.

7 Illud enim accidens erit symbolum
in venditione, quando boues locantur,
præuia estimatione: tùnc, quia estima-
tio facit venditionem, erit potiùs ven-
ditio, quàm locatio *l. cùm fundus ff. lo-*
cat.

cat.,l.quæro.§.fin.ff.eod.,& sic si boues pereunt, colonus non tenetur, nisi ad eorum estimationem, & pretium, sed si addetur, vt restituantur bouesinet estimati, vel sit in electione coloni restituere bouesinet estimatos, vel eorum estimationem, tùnc periculum peremptionis spectabit ad locatorem, deteriorationis verò ad conductorem,secundum *Bartoli distinctionem in l.si vt certo.* §. *nunc videndum ff. commod. Nicol. Mozz. de contract.tit.de empt.num.*37. sequitur *Caroc. loco cit.sub num.* 4. verum in hoc expectandus est exitus contractus, in quam scilicet formam is resoluetur, & secundum formam, in quam resoluitur,fiet Iudicium, cuius erit symbolus contractus, vt punctualiter probat *Decian. responso 8.num.5.lib.3.*

8 Vnum notabile, & quotidianum non omittendum hic, nempè quis conduxit equm ad vecturam, accidit vt in itinere deterioretur equs, & sic deterioratum vlt conductor domino restituere, recusat dominus equm suscipere, conductor alligat eum ad ostium domini, eo, & testibus præsentibus, tandem perit, vel surripitur equs, quæritur, cuius est periculum equi perempti, vel deperditi, hanc eandem quæstionem ponit *Caroc. de locat.tit.præiudicium sub num.*23.*folio meo* 168.*& num.* 25. determinat, quod ex quo locator poterat petere deteriorationem iure actionis, & sunt duo capita distincta, obligationis scilicèt vnũ, vt restituatur equs, alterum deteriorationis eiusdem: quo ad restitutionem iàm conductor adimpleuit quod spectabat ad eum in restituendo,& sic imputatur locatori, qui renuit suscipere equm restitutum; cùm remaneret ei actio ad interesse pro equi deterioratione,expendit ad hoc probandum *text. in l.fin.C. quib.modis pign.vel hypoth.soluit. l.quidem referebant ff.si cert.petat. Marsil sing.*607.

9 dicentem vidisse in facto in veste serica comodata sponsæ, quam in nuptijs deteriorauerat, & dominus voluit recipere, & comodarius dimisit eam in ostio, & fuit sublata, & quid si equs ex tali deterioratione perierit in itinere,cuius periculo perijt vide *Vin. decis.*1.*per tot.*

10 Deterioratio sicut accidere potest rebus animatis, & mobilibus, sic paritèr contingere potest in rebus stabilibus: colonus enim, siuè fructuarius colens agrum, vel vineam per inexpertos, & ex eorum imperitia deterioraretur ager, vel vinea; tùnc certè conductor, vel colonus teneretur ad interesse ratione deteriorationis in agro factæ per imperitiam operariorum, prout probat *Caroc. loco cit.sub num.*27.cùm paria sint quoad læuem culpam agrum minùs colere, & per inexpertos colere, quod aduertendum est dominis dantibus eorum vineas ad putandum in extaleum, vt parcerent sumptibus deteriorantes vineam.

11 Tertium accidens symbolum in locatione erit, quando fiet locatio de die in diem, in quo tametsi non videatur esse symbolum cũ locatione, ex quo dies non euenit; tametsi cesserit *l.cedere diem ff. de verb.sign.* nec potest contractus de potentia ad actum reduci, nisi venerit dies, in qua præstari possit pacientia, vti, frui re conducta,secundum *Bald. in l.*1.*C.de act. ab hared. & contra hared.*, & cùm ante diem agi non possit §. *omnis instit. de verb. oblig.*, igitur, ex quo hic contractus ante diem nihil ponit in esse, nullatenùs dici potest locatio: tamèn hoc intelligitur specialitèr in vsufructu *l.*1.*§.fin.ff.quando dies vsufr.ce dat*, in cæteris casibus bene ante diem agi potest *l.ius singulari ff. de legib.* ergo si agi potest, nata est actio ex locato, eritque proprie locatio, quod intellige secundam longam disputationem in hac materia habitam à *Barbato nostro in tract. de maior. & primog.pers.parte* 1.*cap.*6.*nu.* 61.vsque ad finem.

12 Quartum patet accidens symbolum in locatione, si propriè locatio fiat sub conditione: nam si conditio erit omnino exitura, fiet omnino locatio vlgata *l.* 1. *ff.si certum petatur*; si vero conditio erit incerta,non erit propriè locatio, & proinde si fiat locatio ad mensuram,duo

13 principales casus inspiciendi sunt. Primus si locatur fundus ad mensuram: tùc enim ante mensurationem non erit propriè locatio *l. quod sepè* §. *in his ff. de contrah. empt.* pro vt patet etiàm in venditione: nam si fiat emptio alicuius territorij ad rationẽ ducatorum decem pro quo-

quolibet iugero: tùnc venditio esset etiàm conditionalis, & ante mensurationem non erit perfectus contractus *Alex. cons. 33. lib. 6. D. Hodierna ad Surd. decis. 64.*, quod intellige dumodo non fit tradita res vendita, vel pacientia non fit præstita in re locata, quia tùnc est vera locatio, prout est etiam vera venditio, & potest agi ad pretium, & pensionem respectiuè, etiàm per liquidationem instrumenti, iuxta tradita per *D. de Franch. decis. 292.*, & per *D. Reg. Rouit. decis. 24. sub num. 25.*, qui *sub num. 26.* dicit, illud esse accidens non impeditiuū perfectionis contractus, & sic secundus est casus quando locatur fundus ad rationem tot pertiearum, bene erit locatio; quia eo casu non consideratur mensura de substantia, sed ad declarandam pensionem dumtaxàt *Ceph. cons. 36. num. 22. lib. 1. Caroc. loco cit. num. 6.*, & ex suprapositio symbolo collige infrascripta documenta.

14 Primum collige, quod si Nauis duarum millium amphorarum conuentione pro mille scutis conducta sit, mille proculdubio debetur, etiàm si Nauis non sit capax tot amphorarum, quia ità apparet conuentum in substantia conductionis *l. 1. §. si conuenerit ff. deposit.*, quod seruari debent etiàm fines, super qua est facta locatio: cùm sit allegatæ qualitatis, vel mensuræ *Caroc. loco cit. sub num. 8.*

15 Secundum collige, quod si Nauis duarum millium amphorarum aduersione conducta, & non est adiecta certa vectura, tùnc debetur vectura iuxtà consuetudinem, magnitudinem, & Nauis capacitatem *Caroc. loco cit. sub num. 9.*

16 Tertium collige, quod si Nauis duarum millium amphorarum conducta sit, & imposita vectura pro quantitate, & numero amphorarum, per totas amphoras merces debetur *Caroc. loco cit. sub num. 10.*

17 Quartum collige, quod si conducta fuit Nauis pro vectura mille, & in vectura fuit dictum Nauem esse duarum millium, ex quo locator certam mensuram Nauis dixit præstare debet totam Nauis vecturam. *l. tenetur §. si vas ff. de act. empt. Caroc. loco cit. sub num. 9.*

18 Quintum collige, quod si conducta fuit nauis certa, & determinata mercede relata ad ipsam nauim, & non designato numero amphorarum, quem capit nauis, vectura integra debetur; nec nauis capacitas inspicitur, quia contrahentes retulerunt se ad corpus, non verò ad nauis capacitatem, *Corac. loc. cit. sub num. 12.*

19 Sextum collige, quod si vectura non referatur ad ipsius nauis corpus, sed ad ipsas amphoras, & promissa vectura duorum denariorum pro qualibet amphora, nec est dictum impositarum in naui: tùnc vectura debetur pro amphoris impositis dumtaxàt in naui, secundùm *Castrensem in l. fin. §. fin. ff. ad l. Rhod. de iectu*, quod extendere poteris in omnibus alijs casibus continentibus corpus alienum.

Septimum collige, quod si in nauis locatione, vt puta, locatione iā facta, & in-
20 cepta nauigatione, ex aliquo cōtingenti impeditur nauis cursus; quamuis posteà appulat nauis portum designatum pro vectura frumenti, vel aliorum; petitur integrum exequi, quæritur an debeatur Domino nauis tota vectura talitèr impedito.

Et circa hoc duæ fuerunt Doctorum opiniones. Prima ea fuit, quam tenuit *Azo. in summa, C. locati, & conducti sub num. 29.* cuius verba in punctuali articulo recitat *D. Reg. Galeota senior illustr. contr. lib. 2. contr. 69. sub num. 2.* dicens totam deberi mercedem.

Altera contraria fuit opinio *Irnerij* dicentis, quod aut inspicimus operā à locatione distinctam, & tùnc operarius dignus est mercede sua pro tempore, quo operatus est, quod probat etiam *Barth. de Capua sing. 26.* vbi dicit, quod operarius si pro parte dumtaxàt consequitur mercedem: nisi alius operarius paratus sit complere operam in alio tempore, quòd vltimum reprobatur *per glos. in l. si uno, §. idem cùm quidem ff. loc.* ibi, *nisi peniteat eum, cui erat faciendum opus, aut verò operam cùm locatione complexam, & tùnc debetur tota merces, & non erit locus pœnitentia*: cùm simus in contractu nominato, quotiescumque operarius paratus est perficere operam suam connexam in alio tempore; quæ quidem secunda opinio amplectenda intelligi debet, si quàm

primum impleatur opera, ne aliud, quod sit in vno tempore expediens, in altero videatur infructuosum, *D. Reg. de Ponte cons.* 88. *& 89. vol.* 2.

21 Sextum erit accidens, quod informatur à modo, symbolum cùm locatione, ex quo, quia modus non suspendit, sed qualificat actum, inducit obligationem, & actionem in principio, *Cagnol. in l. in omnibus num. 27. ff. de reg. iur. Ludou. com. concl. 8. in fine, Reg. Rouit. decis. 4. num. 13. Ruin. cons. 215. nu. 9. vol. 1.* vbi dicit, quod si locatio fuisset facta cùm capitulis expressis, alijsque exprimendis in instrumento conficiendo: adhùc tamen dicetur locatio perfecta, quamuis aliud postmodùm non fuisset confectum, vel factũ sine alijs capitulis *per text. in l. pen. C. de instit & subst.* vbi habetur, quod si quis hæredem institueret secundùm conditiones infrascriptas, & morte præuentus conditiones non adscripsit, quod institutio per hoc non vitiatur, sed remanet pura, ex quo textu, secundùm *Aretini* cõsiderationem, & aliorum in verbo, *morte præuentus*; & in versiculo *alia scriptura ponderata*, quod Pragmatici asserunt,
22 quod scilicèt aliàs, quãdo testator morte præuentus non potuit perfectè disponere, eius dispositio tanquàm imperfecta vitietur, secundùm quod decisum tradit *per S. C. D. Capycius Latro decis. 7. in fine lib. 1.* vbi *Franciscus Tipaldus* graui præssus morbo vocare petit Notarium pro conficiendo testamentum, & completa scriptura dispositionis cùm hæredis institutione in persona Leonardi eius Patrui cùm legatis ex toto testamento, vocatis testibus pro eo stipulando: dùm Notarius incipere volebat stipulationẽ, prædictus testator se voluit ad aliam partem cubilis, *dicendo, che tanta pressa volete, ch'io mora questa notte, uenite dimano matino, che lò stipularemo*, quo defuncto eadem in nocte, prætendebat hæres scriptus sibi ex testamento hæreditatem quæsitam, & tandem exclusus per S. C. ex ea potissima ratione, quia si testator rogauit Notarium, creditur voluisse ex more publieari facere testamẽtum: proinde non publicatum non valuit tãquàm imperfectum ratione solemnitatis, & in dicto testamento nedùm publicatio, sed quod magis relectio deerant, quæ necessariæ sunt pro solemnitate testamenti iuxtà *text. in l. fideicommissa, §. quoties, ff. de legat. 3. Mascard. de probat. concl. 1399. num. 74. & post alios D. R. Rouitus cons. 41. lib. 2. num. 9. Menoch. cons. 750. num. 6.*

Quæ decisio poterit substineri quatenùs probabilitèr testator ante stipulationem erat aliqua dicturus, secùs si reseruabat in aliud tempus, quia talis reseruatio non causat imperfectionem voluntatis, quin tale testamentum dicatur imperfectum, ex quo testator tùnc nihil aliud erat dicturus *per text. in l. is, qui ff. de testam.* quem singularem dicit esse *Aretinus* inibi.

Nec relectio, & publicatio obstabant, quando perfectus fuit modus nuncupatiuè disponendi coram opportunis, Notariusque fuit adhibitus, vt conficeret scripturam ad futuram rei memoriam, non verò ad publicãdum; cùm iàm erat publicata voluntas testatoris coram testibus, & *d. §. quoties* loquitur, quando Notarius recipit exemplum, vt testamentum præparet, & disponens ante lectam testamenti præparationem decedit: tùnc benè dicetur intestatus decedere, ex quo præparatio illa nunquàm fuit audita à testibus; sed à Notario dumtaxàt, exẽplo ipsi tradito, cui absque testibus non creditur, etiam si scriptura clausula, in qua dicebatur adesse scriptum testamentum, fuisset consignata per testatorem propria sua manu Notario, vt illam publicaret, & stipularetur ad tradita per *Burgos de Paz. 2. par. lib. 3. uerbo quinta conclusio num. 1166. uers. ex superioribus dirimi potest*, ex defectu identitatis scripturæ, quæ omninò probari debet *D. Reg. Rouit. decis. 96. sub num. 19. uers & quia*, idem *D. Capyc. Latro decis. 5. num. 13.* quid enim commune habet dispositio iàm patefacta testibus, cùm stipulatione subsequenda, quando testamentum non solum nuncupatiuè non requirit scripturam, sed nec etiam stipulationem *Mascard. d. concl. 13. sub num. 8. uers. secundus casus est*, vbi talia profert verba.

Secundus casus est, quando appareat, testatorem non curasse de sua voluntate, vt conficeretur scriptura, sed præsentibus

testi-

Digitized by Google

testibus, & Notario dictauit suam dispositionem, quæ est vsque ad finem deducta, sed solum deficit lectio, & publicatio in fine ipsius testamenti, tunc per illam scripturam non publicandi comprobatur testamentum regularitèr; sed per illam regulam, quam superiùs posuimus, quod instrumentum ad hoc, vt fidem faciat, debet esse publicatum, inter liberos tamen, & fauore piæ causæ per tale instrumentum posset testamentum probari, Ias. in l. hac consultissima, §. 1. ff. de legat. 3. de Ananias conf. 57. visis, & consideratis latè, Didac. d. cap. relatum vers. secunda, conclusio num. 11. de testam. Guid. Papa q. 338. in fin. sed si testes perfectè, et expressè voluntatem testatoris intellexerint, et apposita sit clausula in instrumento actum, etc. Ex quo apparet perfectum esse testamentum; licèt non sit lectum testibus, & testatori in fine illius testamenti, testamentum tamen probatur, vt scribit Castr. cons. 307. ad primum quæsitum lib. 1. sed si ap-

23 *pareat testatorem non curasse de suo testamento confici scripturam, poterit voluntas testatoris, etiam si scriptura imperfecta sit, per testes probari, vt tradit Alex. in d. §. ex imperfecto nu. 3. Castr. d. cons. 307. Ruin. cons. 1. num. 22. vol. 2. & cons. 12. n. 15. & seq. eod. vol. quos sequitur Couar. vbi supra vers. 3. Hac Mascard.* cui adde quamplurimos alios recensitos per *Altogr. cons. 55. num. 42.* & nouissimè per *Vinianum Ciroc. iunior. disc. 8. sub nu. 11.* vbi etiam dicit ipse, quod quando testator noluit aliud addere, quod de iure præsumitur, dicitur perfecta voluntas, & valet testamentum etsi non publicatum, & stipulatum: cum testamentum etiam absque scriptura substinери possit, etiam, quod testator destinasset testamentum fieri per Notarium, quicquid in contrarium firmet *Ruinus in cõs. 1. num. 7. & seq. lib. 3. & Pasch. de Virib. patr. potest. part. 2. cap. 8. num. 71.* contra quos adest communis opinio secundum *Seraphinum decis. 581. sub num. 6.* aliosq; passim. *Et Altogr. vbi sup.*

24 Et sic regula sit, quod quando contractus iàm in dispositione est finitus, & purificatus, nihil refert si postmodum alia sequantur; quia ea, quæ sequuntur non faciunt immutare naturam contractus iàm perfecti inter partes, vt elegantèr dixit *Ruin. in d. cons. 215. sub eod. n. 9.*

25 Quod intellige in opera indefinitè concepta, nàm si locans operas ad aliquod faciẽdum, intelligitur vt perficiat, non vt incohat dumtaxat, *l. rei operæ, ff. de verb. sign.* secùs in opera certam formam non habente, vt puta in conficiendo parietem, foueam, maceriemque, nàm tùnc & si sola incepta sit, dicitur opus perfectum: nisi certo termino, vel mensura sit opera locata, & per *Alciat. in d. l. rei operæ.*

26 Septimum accidens symbolum, pro nùnc est, vt conductionis, commodati, & depositi non possit de dominij quæstione tractari, prout etiam in mutuo sunt text. aperti, in mutuo scilicet *in l. nàm, & si fur vbi Bart.* & communitèr *Doct. ff. de reb. credit. & si cert. petat.* & in commodato, & deposito, *l. commodare vbi Bart. ff. de commod.* de quibus dicemus *in tit. 4.* in sua peculiari symbola materia, & in conductione adest, *text. in l. si quis conductionis, C. locati*; quàm exornat *Afflict. decis. 12.* adeò verùm esse, vt procedat in omni contractu, secundùm, *Mastrill. decis. 287. n. 29.* etiam si conductor incontinẽti vellet id probare, quia non audietur nisi restituta priùs possessione, vt probat *Mascard. de probat. concl. 687. n. 4. vol. 2.* ratio est, ne scilicet per hanc exceptionem illudatur locator: imò conductor amittit omne ius, si quod habet super re, & differendo, patitur pœnas, *l. conductores, C. eod. Bellon. lib. 4. suppos. cap. 6. n. 2. Cait. de credito cap. 4. q. 7. n. 658. Valasc. decis. Lusitan. consult. 47.* post quos sic decisum fuisse per *M. C. V.* refert *D. Merlin. contr. forens. lib. 1. cap. 90. in fine*, asserens ibi *sub n. 7. & 8.* in vno solo casu admittendam notoriam exceptionem dominij pro cõcilianda opinione *Marantæ in suo aureo spec. par. 4. dist. 7. n. 49. in fine*, quando scilicet locator rem locatam vendicaret tanquàm suam per actionem rei vendicationis: secùs si agat ex contractu locationis, quo casu nullam penitùs dominij exceptionem admittendam, testatur placuisse doctissimo *Ant. Fabro de err. pragm. decade 6. error. 5.*

27 Cæterùm (salua pace tam doctissimi, & acutissimi Viri, sit dictum) non adhuc

videtur assignata dispar ratio per ipsum in eo, quod firmat, vt potiùs sit permissum conductori rem conductam exigere per actionem rei vendicationis à locatore, & non per euidentem, & patefactam exceptionem dominij aduersus eundem locatorem, quin in vtroque casu non moueatur quæstio de dominio: cùm Iustiniani constitutio non de eo solo agat, vt non excipietur de dominio, sed quod neque fieri debeat de eo quæstio, nisi re locata restituta, vt patet in illis constitutionis verbis, ibi, *Si quis conductionis titulo agrum, vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem priùs restituere debet, & tunc de proprietate litigare*. Et est, quod doctissimus *Antonius Faber* dicere voluit, vt habeat Iustiniani constitutio hûc æquitatis calorem, quod quamdiù non apparet, cuius sit res conducta, negari nõ possit, quin subsistat inter locatorem, & creditorem mutua obligatio locati, & conducti, & consequentèr, quia ex bona fide post finitam conductionem restituere rem debeat conductor, qui in id vsque tempus ex alieno nomine possedit; & meritò, ex quo intentio Iustiniani ea fuit, vt donèc de dominio non constet, non litigandum, prætextu, quod res locata conductoris est, non priùs quàm ex locati obligatione sit locatori res locata restituta, quod alitèr esset si ex dominio iàm patefacto res locata non ampliùs sub litigio, sed sub manifestissima restitutione ceciderit, ex quo apertissimè sẽtire videtur *Faber*, quod lõgè aberrãtes cęteri negauerunt, quãdo dixit, quod si addas, obligatum esse ex cõtractu conductorẽ, vt rem sibi locatam restituat locatori, nec audiendum eum esse, qui propriæ obligationi satisfacere recusat, dicam obligationem illam nullo iure, & sine causa factam reperiri, ex quo apparet rem conductam fuisse conductoris, neque enim rei suæ conductio magis, quàm emptio, vel pignus consistere potest, *l. neque pignus, ff. de reg. iur.* & quemadmodum locator non facit dominum conductorem, ità nec dominium suum amittit conductor ob id solum, quod rem suam conduxerit, ad punctualem *text. in l. qui rem propriam, C. de locato*, præsertim si ignorãs conduxerit, & quod vlteriùs ratiocinatur, *Faber in vers. multum igitur interest*, nempè multum interesse, an conductor directa rei vendicatione, an ex contractu locationis à locatore conueniatur. Posteriore demùm casu locum habet constitutio Iustiniani, non etiam priore: illud est, vt non possit locatori litigium moueri à conductore ex eodem principio, ex quo iàm obligatus est rem cõductam locatori restituere: nempè ex contractu locationis, ne fiat textus literæ violatio, quæ id ipsum statuere voluit: secùs si nõ agat conductor: sed de dominio iam patefacto excipiat conuentus à locatore, nàm duplici via succurri potest conductori ad dominium vendicandum rei cõductæ, vel iudicio rei vendicationis, vel exceptione de iàm patefacto suo dominio rei sibi conductæ, quod manifestissimè excipitur à litera eiusdem *text.* ibi, *& tunc de proprietate litigare* nota verbum, *litigare*, cuius proprium est controuersiã mouere, & in hanc nostram senteatiam iuerunt similitèr *Doct. omnes allegati*, & secuti à *Carocio de locato remed. 4. sub n. 17. par. 1.* & apud nos *de assistentia q. 9. sub num.*

Dùm enim contingeret, vt sistemus symbolo accidenti, rem mihi commodatam, depositam, vel mutuatam tibi restitui, quando meam esse iàm constitit, & non tuam, te contendente de manifesta possessione à contractu mutui, commodati, depositi dependente, & me de manifesto dominio iàm post creditam rem, patefacto, quando in causa possessionis ideò iungere debeat, ob hoc solũ, ex quo possidet, idest in causa possessionis, quãdo in causa dominij nihil prohibet, quominùs vincere possit; cùm ea victoria non ex eo sibi competeret, quod possideat commoditarius, depositarius, vel mutuatarius, sed ex eo, quod sit dominus, ex cuius possessionis traditione nihil queritur possidenti, *l. nunquam nuda ff. de acq. rer. domin.* in eo dumtaxàt casu Iustinianus occurrere voluit, quando scilicet de neutro dominio apertum fuerit, tùnc, ex quo fauendum omninò debuit contractui locationis, nõ debuit ab eiusmodi fauore odium in damnũ locatoris retorqueri: cùm aliàs si non locasset, sibi commoda rei locatæ possessionis pro-

fuis-

fuissent; non verò conductori, cui ideò magis prosunt, quia dominus, & tanquã dominus constituit locatorem malæ fidei possessorem, & sic inualidè locasse, *Bart. in d. l. si quis conductionis in fine, Menoch. de recuper. possess. remed. 11. n. 38. Ripa in l. si aliquam rem num. 15. ff. de acquir. possess.* & de communi testatur *Viu. commun. opin. par. 1. opin. 64. Caroc. loco cit.* qui ad propositum reconduxit decem, & septem limitationes cùm suis cautelis pro vtraque parte adhibendis.

28 Et licèt competat locatori remedium dictæ legis, *si quis conductionis*, non denegabitur vlteriùs sibi & aliud remediũ, *cap. 17. q. 1.* vt probat *Alex. in cons. 90. num. 2. lib. 5. & cons. 37. n. 2. lib. 6. Pontan. de spol. lib. 1. cap. 13. num. 118.* adeò, quod
29 etiam competat manutentio pro pensionibus denegatis *Cyn. in l. si certis annis, C. de pact. Afflict. decis. 395. num. 8. Menoch. de recuper. possess. remed. 1. q. 8. nu. 81. Benent. decis. 27. Canaler. decis. 228. in princ. Rota in Romana manutentionis*, seù pecuniaria coram *R. D. Rẽboldo post tract. decis. 181. num. 9. Baratt. decis. 179. nu. 10. Caroc. de locato remed. 15. n. 2. Post. de manut. obseruat. 10. num. 72.* quæ est symbola etiam manutentioni quasi possessionis exigendi emolumenta officij Notariatus *Rota in Romana emolumentorum coram Rembo'do post tract. decis. 656.* & marito in quasi possessione exigendi interessuria post solutum matrimonium, *Grat. discept. forens. cap. 427. in addit. impress. &* existenti in quasi possessione exigendi fidam, & diffidam *Capyc. decis. 96.* & existẽti in quasi possessione exigendi datium, vel ius vectigalis, vel passagij, & similiũ de quibus apud *Post. d. obseruat. 10. num. 75. & 76.* & diximus supra *cap. 2. num. 9.*

30 Et è contrà talis manutentio competit etiam conductori, *Couarr. var. resolut. lib. 2. cap. 19. n. 8. Plot. in repet. legis si quando num. 63. & 762. Borg. Cauale. decis. 45. in addit. num. 70. Soccin. in l. rem, quæ nobis num. 6. vbi Ripa num. 2. ff. de acquir. possess. Tiraquell. tract. le mort saisit Leuis. q. 4. declar. 3. n. 7.* quod procedit in quolibet cõductore, siuè ad longum tempus, siuè ad modicum tempus, vt restituatur, & manuteneatur in quasi illa nuda simplici detentione, *Ruin. cons. 58. n. 4. vol. 4. Gabr. tit. de restit. spoliat. concl. 5. n. 22.* & in hoc eiusmodi manutentio est symbola commodatario, depositario, & similibus, *Magon. decis. Rot. Luc. 31. n. 36.* Imò etiam debitori, qui debet manuteneri in quasi possessione soluendi ad certam rationem tantùm *Rota Romana decis. 454. in princ. par. 1. in recens.* quia etiam ipse debitor dicitur possidere debitum *Grat. decis. 4. n. 47.* nisi ex alia causa isti omnes possint possidere *Put. decis. 170. par. 1. Sabast. Medic. de reg. iur. par. 2. reg. vlt. n. 6.*

31 In proposito manutentionis remedio obstat etiam proculdubio, vel patefactũ dominium, vel quod magis nullus titulus possidendi: nàm licèt regularitèr possessorium hoc non egeat iustificatione *Valasc. concl. 191. n. 6. tomo 7. Christoph. Paz de tenuta cap. 110. nu. 7. Coccin. decis. 125. num. 6.* nec in eo aliquid est verificãdum *Rota in Anconitana Pensionis coram Eminentissimo Platto post tract. decis. 355. num. 10.* nec iura colorari debent, & si colorari possint *Giouagn. cons. 11. nu. 35. lib. 1.* & sufficit constare de bono iure ad effectum manutentionis, si constet de possessione, vel quasi *Rota in Ian. Parochialis coram R. D. Romano post tract. decis. 200. in princ. & 6. in Placentina decimarum de Truxillo coram R. D. P. Verospio post tract. decis. 281. num. 1.* & ex ipsa possessione probatur dominium incidentèr deductum *in d. Ianuens. Paroch. coram R. P. D. Decano post tract. decis. 217. num. 6.* & diximus supra, refert *Post. de manut. lib. 1. obseruat. 47. sub num. 4.* subdens *sub num. 4.* quod in hoc iudicio, in quo non petitur aliud, quàm manutentio, durante lite, admittitur cognitio dominij ex Doctorum sententia, quos inibi, & *sub nu. 8. longa remissione citat ipse.*

Adeò etiam, vt detentor illicitus, illegitimus, vitiosus, & iniustus, seù qui videtur iniustè possidere non sit priuandus sua possessione sine citatione, & càusæ cognitione, & ante quàm sit conuictus, sed omninò manutenendus *cap. in literis de restit. spoliat. cap. licet Episc. de præb. in 6. Ruin. cons. 28. num. 6. lib. 4. Person. de adipisc. possess. num. 11. & 12. Valasc. consult. 191. num. 2. & 6. tomo 2. Cyriac. contr. forens. lib. 1. contr. 10. num. 6. D. de Franch. decis. 210. n. 4. Franc. Marc. decis. 297. n. 4.*

Lu-

Digitized by Google

Ludou.decis.Perus.69.nu.18.par.3. Franc. Milanens.decis.1.n.98.& 99. lib.1. Barz. decis.46.num.18.& decis.47.nu.10.& 25. Mantica decis. 194. num. 3. Buratt. decis. 245.num.6.& proindè,quod manutentio debetur etiam intruso,*Peregr.cons.16.sub num.32. lib. 6.* Imò etiam spoliatori,*Menoch.de retinenda remed.3. num.789.Ricc. collect.2850.sub vers.ego autem,Mantica decis.272. n.4.* quamuis sit spoliator violentus *Plot.in repet.l.si quando,§.3. nu.30. vers. vbi tamen Boccacc. de interdict. vti possidetis cap.2.n.46.Milan. decis.1. n.99. lib.1.*etiam quod Iudex habeat rescriptũ, quod statim restituat *Neuiz.cons.81.num. 13.* Insuper hæc manutentio conceditur, etiam furi, latroni, & prædoni: nàm nec ille de facto molestari potest antequàm constet, quod sit prædo; imò spoliatus debet restitui *Bursat.cons.8. num.5.lib.1., Menoch. de adipisc. poss. remedio 4. num. 564.Achill.Person.eod.tract.num.12. Ant. Gabr.comm.concl.tit.de restit.spoliat. concl. 1.num.4. Ricc.collect. 2850. addent. ad D. de Franch.decis.43.num.4. Benintend. decis.93.num.11.Capiblanc.super pragm.de Baron. cap.77. num.8.,* quia melius est vt possessor quamuis iniustus remaneat in sua iniusta possessione: quàm alijs detur vitiosus ingressus de nouo *Rota decis. 6. in antiq. & decis. 4. in nouiss.* cum non possit constare de eius non iure, quamdiù de iure doceri potest *Seraph. decis. 555.num.8.*

Tamen semper,quod constat in prõptu, notoriè, & euidens, & absque alia disputatione, & litigio de iniustitia possessionis,seù de illius violentia, clandestinitate, vitio, improbatione,dolositate, vel de spolio, seu possessorem esse furem, prædonemuè, seù intrusum, non est eiusmodi possessori danda manutentio, sed spolium est purgandum, & possessio reuocanda *l.1.in princ.ff. vti poss.d. l.improba C.de acq.possess. Menoch.de retin. remed. 3. num. 790. Cancerius var. resolut.cap.11.num.54.& 51. Pacific. de Salutano decis.156.num.14. & decis. 197. num.13. Seraph.decis.737. num.5. Ioseph. Ludouic. decis.Luc.20.num.4.Grat.discept. forens.cap. 870.num.18. & cap.899. num. 11.20.& 22. Triuis.decis.15.num.34.lib. 1.Rota diuers.decis.27.num.11.decis.103. num.2.parte 1.,* ratio est, quia sibi imputatur, qui post intentatam per ipsum manutentionem passus est de prædictis cognosci, & liquidè probari *Menoch. de retin.remed.3.n.682.Boccacc.de interd.vti possid.cap.5. num.1.Giouagn. cons.8. nu.97. lib.1.Franc.Milan.decis.3.num.81.,*& proinde admissa exceptione respiciente dominium petitorium, vel possessorium plenarium, seù non iuris possessoris, vel dominij alterius, vbi est liquida clara, & notoria, & non eget probatione, nec aliquo modo offuscatur, nunquàm concedenda est talis manutentio *Seraph. decis.810.num.4. Neuiz.cons.81.num.28.in fine*, dicens hoc non pertinere ad rigorem Iuris, quod sapit ius, & quod nec potest manuteneri authoritate Principis, & quod imperrans possessionem à superiore, non vocato possessore,dicitur impetrare ius iniquum, & talis authoritas non eum excusat, sed accusat, quemadmodum reuelat exceptio dominij,seù nõ iuris causata a renunciatione ipsius possessorij, de qua liquidè, & clarè constat, & quæ tergiuersari non possit, ad tradita per *Menoch.de retin.possess.remed. 3. num. 697.* & per nos *in tract. de assist. quæst. 1. nu.8.*quia in eo casu dùntaxat non est attendenda iustitia, vel iniustitia possessionis, quando scilicet est opus disceptatione, litigare, & contradictione ad cognoscendum de ipsa iustitia,vel iniustitia,vt in terminis *d.l.si quis conductionis* dicebamus, secùs vbi absque disceptatione, litigio, & controuersia euidentèr de iniustitia possessionis apparet *Cancer.d.cap.14. num.54. Fontanella de pact.claus.7.gl.3. parte 10.num.74.vol. 2.,* quia tunc petitorium absorbet possessorium *Rodor. de ann. reddit. lib. 1. quæst. 17.num.21. Franc.Milan.decis.3. nu.175. & 176.lib.1.,* ac tùnc lex non intendit tueri vitiosum possessorem *Person.de adipisc.sub num.259.,*nec lex, quæ iustissima est, defendendo iniustum possessorem præberet occasionem delinquendi, & viam calumnijs aperiret, temerarij fouerentur per eam litigatores, & notoriam causaret iniustitiam *Scaccia de sent. & re iud.gl.14. quæst.19. num.98.*

Quæ quidem notoria, vel apparens iniustitia possessionis, seù exceptio non iuris

iuris possessoris, vel dominij apparere dici potest, vel per confessionem ipsius spoliatoris, prędonis, seù alias iniusti possessoris, vel per sententiam, & rem iudicatam, vel aliàs ex actis, per clara iura, & publica instrumenta producta, seù per claras depositiones testium *Boccac. de interd. uti possid. cap. 2. num. 46. & 87. & cap. 5. num. 4. & 5.* vbi de confessione facta in Iudicio, tàm de profanis, quàm de beneficialibus, *Grat. discept. forens. cap. 899. num. 22. Rota diuersor. decis. 27. num. 11. & decis. 28. num. 9. parte 1. Seraph. decis. 555. num. 48. & decis. 876. num. 2.* cùm alijs adductis, & recensitis per *Post. de manut. obseruat. 42. sub num. 154.*, vbi de confessione, re iudicata, & publico instrumento, quod exceptionem non patiantur; nisi notoria iustitia, partis confessio, & publicum instrumentum reciperent in se aliquam difficultatem, siuè redderentur turbida ex probationibus partis aduersæ, vel quia ex illius iuribus adhuc aliquid dici posset *Giouagn. cons. 8. n. 115. lib. 1. Rota decis. diuers. 28. num. 9. parte 1. Melchior lect. de re benefic. tomo. 1. lib. 1. quæst. 34. num. 31.*, & quomodo illud procedat vide *D. Reg. Sanfelic. decis. 17. per totã* & post eũ apud nos *tract. de assist. quæst.* & in materia fideicommissarij immissi in possessionem ex decreto præamboli vide *D. Merl. cõtr. for. lib. 2. cap. 2.*

Sic etiam dicas ratione iuris resistentiæ ex titulo possidendi, vt considerauit *Menoch. de retin. cap. fin. Gail. pract. quæst. parte 1. obseruat. 7.* & exemplum affert *Capibl. d. cap. 77. de Baron.* possidente demanialia vniuersitatis, & clariùs apud nos *in tract. de assist. quæst. 38. nu. 19.* tunc enim nullatenus concedendum est mãdatum de manutenendo, pro vt etiàm in Iudicio sepulchri, & causa Matrimoniali, & similibus notat *Post. d. tract. obseruat. 43.* per totam; alia dicemus infrà ad propositum symboli remedij cõpetentis locatori, & conductori in re locata, & conducta *in cap. nono*.

Octauum est accidens symbolum in locatione, si conductor creditori locatoris super pensionibus prostremorum annorum locationis soluere delegetur per locatorem, resoluta locatione, neque ei permanente, solutionem delegatario denegare non potest, vt probat post multos *D. Capic. Latro decis. 214. lib. 2.*, & quomodo hoc symbolum accidens intelligatur, videndus *Episcopus de Afflicto contr. iur. resolut. cap. 38. sub nu. 2.*

A R G V M E N T V M.

Locator, & conductor in quo sint symboli.

S V M M A R I V M.

1 *Symbolum non leue est inter locatorem, et conductorem, attenta eorum maxima relatione.*

2 *Locator quemadmodum ratione proprij vsus potest inquilinum expellere, ità pariter conductor potest à re conducta recedere, iusta superueniente causa.*

3 *Inquilinus recedens à re locata ob iustam causam, an teneatur redire, ea cessante.*

4 *Symbolum quemadmodum sit inter venditorem, et locatorem, an idem esse videatur inter locatorem, et conductorem, et num 5.*

6 *Conductor recedens à re conducta, non debet duplici conductionis onere grauari.*

7 *Locator, & conductor an sint symboli in necessitate rei locandæ, vel conducendæ respectiuè, finito contractu locationis, & conductionis.*

Et quid post tempora Afflicti, & de Franch. num. 8. & notatur decis. 10. Gizzarell. 5. n. 9.

10 *Text. in l. ne cui, C. locati declaratur primo in conductione rerum sterilium, in quibus præfertur antiquus conductor, qui eas meliorauit.*

Item in scholaribus num. 11.

Item in rebus Ecclesiæ num. 12.

Item

Digitized by Google

Item in socio num.13.

14 *Conductor impeditus vti frui re conducta facto locatoris, non tenetur pensionem soluere, & potest contra eum agere ad interesse; nisi locator offerat explere, & num.15.*

16 *Successor singularis sicuti non tenetur stare colono, sic etiam nouus dominus non potest cogere colonum inuitum ad perseuerandum in conductione, & num. 17. & 18.*

19 *Famulo recedenti infrà annum sicut non debetur salarium, sic è contra, si expellitur à domino, absq; causa, integrum habebit salarium.*

20 *Licentia data per Dominum famulo, dicendo* vade ad malam horam, *non est iusta causa expulsionis.*

21 *Pater potest filium suum locare ad ediscendam aliquam artem.*

22 *Scolares regularitèr non sunt soliti dare salarium famulis.*

23 *Mater an posit filium minorem obligare ad habitandum cum sartore ad adiscendam artem.*

24 *Conductor sicuti potest rem sibi locatam alteri locare, sic locator potest locare nouo conductori.*

25 *Concordia quomodo debeat considerari inter condominos locantes.*

26 *Commune prout singulis quomodo considerandum in locatione, & n. 27.28.29. 30.& 31.*

32 *Honestas locatoris non coinquinatur per inhonestatem conductoris.*

33 *Loguerium à turpibus personis exactum, an dicatur turpis quastus.*

34 *Locatio rei communis in pradio rustico, quomodo facienda.*

35 *Socius an præferatur in locatione rei communis, quid in domo indiuisibili; num.36.& num.38.*

37 *Quarela de turbata possessione, quomodo regulanda.*

39 *Symbolum an sit intèr societatem, & amicitiam in materia locationis, & quomodo sit regulanda pensio inter amicos, num.40.*

31 *Socius recusans locare rem communem, ad quid teneatur alteri socio.*

42 *Hominum infamium notatur perfidia.*

43 *Meretrices tres concurrentes in locatione domus in lupinari, quomodo andiantur.*

44 *Doctor primus an possit vltimum Doctorem expellere à domo locata, si alter ab altero impediatur in legendo.*

45 *Pralatio in campo locato, cui detur, an domino campi, an domino seminis, an domino directo.*

46 *Dominus Hospitij an teneatur diuidere pensionem ab ipso exactam pro sua rata alteri condomino hospitij.*

47 *Socius an teneatur totam pensionem soluere, si recedat alter socius non soluens.*

CAP. VIII.

1 SYmbolum non leuè est intèr locatorem, & conductorem, inter quos ceù correlatiuos eadem currit ratio, & dispositio *l. 1.cùm inibi notatis* per *Baud. C.de Cupress.lib.11.l. legem Iuliā C.de indict. vid.sollend.gl.in l. si quis serno vers. corrumpi C. de furt.* Vndè sicuti locatori succurritur, vt ratione proprij vsus ex causa superuenientis necessitatis, potest inquilinum expellere *l. ede C. locati cap.propter sterilitatem eodem titulo,* etiàm non obstante pacto de non molestando *Mangil.de euict.quest.150.*, vel si indigeat domo locata pro vsu filij vxorem ducentis, secundum *Bald.in d.l. ede num. 11.* & de alijs iustis causis, de quibus apud *Cost.de port.rat. quest.18. num.1. Vincent. Caroc.de loc. parte 4.sub tit.de recusat. in 2. quast. num.35.* vt puta si reparare voluerit domum dominus locator *D.Pasch. de nirib.patr. potest.cap.6. sub num.13.* sic etiam ex eadem ratione poterit conductor ex noua superueniente causa à conductione recedere *Hippolit. de Marsil. sing.615.* sequitur *Consiliarius Paschalis d. cap.6.num.23.*, dicens *sub num.24.* quod
3 si inquilinus infra annum recedat à domo cōducta ob superuenientem pestem, seù aeris corruptionem, vel ob metum malorum spirituum non tenetur soluere pensionem pro futuro tempore, quo domum vacuam dimisit *D. Reg. Rouit. super pragm. 1. de locat. num. 27. in nouiss. impress.*

4 Nèc obstat, & si symbola locatio sit venditioni, quæ non in totum rescinditur, sed reparatur in parte: quatenùs interesse concurrat in re vendita, cuius in parte ignoratur deuastatio, iuxtà *text.*

in

in l.domum emi ff.de contrah.empt. sic in locatione, in qua habitatores non statim si paulo minus commodè aliqua parte censuali vterentur deductionem mercedis facere possunt *l.habitatores in princ.ff.locat.*

5 Quia etsi locatio sit emptioni symbola, benè erit in quibus symbolizari possit, de quibus supra, non verò in quibus nullum datur intèr eas symbolum, sed bene distantissimū discrimen, prout hic, quia in re vendita, & tradita commoditas, & peremptio sequitur emptorem, in quem rei emptæ transfertur dominiū *l. ex empto ff. de act. empt.*, quod in locatione abest *l.non solet ff.locat.*, tùnc enim,

6 ex quo conductor, ob nouam causam superuenientem, alia indiget rei locatione, ne eodem in tempore duplici locatione grauetur, resoluitur prima locatio, maximè si aliquod non intercedat modicum tempus, ad redeundum ad rem locatam, pro vt disponit *d. l. habitatores*, & aduertit *inibi gl.*, puta si per paucas horas, vel dies absque recessu habitatoris domus refici possit, vt Neapoli obseruatur, vbi domus reparantur absque incomodo inhabitantium, vel nisi fortè tota domus sit reparanda, & pendente reparatione, nullatenus cōductores inhabitare possent, tùnc enim redite ad domum conductam, & si refectam, non tenentur, pro vt mihi contingit in funditus constructione, siuè reparatione domus meæ Neapoli sitæ *alli Caserta* prope Cenobium Sancti Nicolai a D. Pietro presenti in anno 1672. ob quam fuerunt dimissi cohabitatores absque solutione mercedis, probat etiam *Mutius Recens in sua peculiari allegatione impressa post dict.6.cap.Consiliary Paschalis, Nouar.collect.super pragm.tit.de locat. collect.1.n.21.& 22.*, potest bene verū, si velit cōductor ad locationē redire *Ripoll. var. resolut. tit. 12. de loc., & conduct. sub num.227.*

7 Patet ex hoc symbolo, non posse scilicet conductorem cogi ad continuandam locationem, finita conductione, per *text.in l.inuitus, C.locati*, sic etiam locator inuitus haud cogi potest ad relocandum eidem conductori, vt adnotauit *D.Præses de Franch.dec.if.406.num.6.* proptèr quod liberum remanet Domino arbitrium, rem locare cui vult, etiam si primus conductor prælationem petierit, secundùm *text. in l.ne cui C. locati, & in l. conduct. ff.eod.*

Sed in contrarium vrget *text.in l.congruit* cum ibi notatis per *Lucam de Penna, & l.seq.C.de locat.præd.Ciu. lib.11.* per quem, secundùm *Afflict.in decis.238.* non ponitur casus specialis, sed quod regularitèr habeatur, quod quādo nouus con-

8 ductor vult veterem expellere non posse, quando antiquus vult tantundem soluere, & quod neque per hoc aufertur libera facultas Domino rem locare cui vult: nàm si neutri locare voluerit, non compellitur, nec compelli potest.

Hæc eadem difficultas post tempora *de Franchis, & Afflict.* contingit aliàs vētilari in S.R.C. *apud D.Gizzarell. decis.5.*, in qua, post disceptatam quæstionem, fuit per S.C. approbata opinio tenentiū,

9 *text.in d.l.ne cui* esse in regula, quod scilicet non possit regularitèr nouus colonus, vel inquilinus indifferentèr præferri ab antiquo locatore, & quod dictus *text.in d.l. congruit* restringitur in rebus fiscalibus, & si ipse idem *Gizzarellus* dicat, quod hodie indistinctè Regia Camera seruat dispositionem *d.l. si cui*, liberando rem locandam plus offerenti. Hanc eandem decisionem comprobat *Nouar. d.rubr.sub num.30.* comprobat etiam *Paschal.d.cap.6.sub n.33.Marta decis.49.Episcopus Ricc. collect. 2033. Giurba decis.59. Iudex M.C.V.Bald. de Angel. ad dictum D. Giz.dicta decis.5.sub n.3. D. Reg. de Ponte de potest. Proreg. tit.4. §.8. n. 16.* etiam si res conducta sit meliorata, *Anna in cons. 77.n.29. de Marinis ad Reuer. lib. 1.resol. 147.num.2.*

10 Declara primo dictam regulam *l. ne cui*, quādo fūdos steriles cōductor reduxerit ad culturam, tùnc ipse conductor præfertur in conductione fundorum ad culturam per ipsum reductorum *Bursat. cons.330.nu.136.lib.3. Honden. cons.85. n.42.lib. 1.* etiam in Terris Ecclesiæ, testatur *Ripoll. d. cap. 12.in fine.*

11 Declara secundo fauore scholarium, quicquid sit Neapoli, testatur *Baldassar de Angelis d.decis.5.sub nu.12.13., & 14.*

12 Declara tertio in miserabilibus per-

sonis, quæ præferuntur nouis conductoribus *Nouar. tract. de priuil. miserab. person. priuil. 42. num. 3. & seq.*

13 Declara quarto *in reb. Eccles.* vide *Mastr. decis. 309. in fine p. 4. Grat. discept. forens. cap. 357. num. 42.*, qui loquuntur de æquitate, assentitur *D. Paschal. loco cit. in reb. Vniuersitatis*, vide *Genuens. in pract. Cur. Archiep. Neap. quæst. 921. Reg. Ponte cons. 23. Mastrill. decis. 300. Cast. decis. 114.* quidquid in contrarium dicunt *Cenall. q. 756. num. 61. Sanc. decis. 109. num. 3. Donad. de Renunc. cap. 30. num. 88. D. Latro decis. 159. num. 5.*

Declara sexto in socio, qui præfertur in re locata *Caroc. de locat. & conduct. tit. de remiss. num. 59.*

14 Et ex hoc symbolo etiam pendet illud, quod dicitur de conductore impedito vti frui re conducta facto locatoris: ipsum scilicet non teneri ad pensiones, sed potest contra ipsum locatorem agere ad interesse, etiàm lucri cessantis *l. si in lege §. si colonus ff. locat. Menoch. cons. 23. num. 54. & cons. 55. num. 14.*, tenetur autem locator regularitèr, durante locatione, conductorem manutenere in pacifica possessione rei locatæ, ac pacientiam præstare, alioquin non aget ad mercedem, nec instrumentum liquidabit via executiua *l. si quis domum ff. loc. Surd. decis. 326. nu. 7. Lud. decis. 235.*, quod procedit, etiàm si turbatur in vna re conducta, *Pasch. loco cit. sub num. 26. Nouar. dicta collect. sup pragm. 1. sub num. 24.*, qui *sub num. 25.* subdit, quod in dubio censetur continuata pacientia, si constet à principio fuisse præstitam *decis. Rot. Rom. 339. nu. 2. p. 1. in nouis.* sic etiàm si conductor recedit absque causa infrà tempus conductionis, tenetur soluere integram pensionem, vt patet ex notatis per *Bald. in cons. 321. num. 17.* post eum *Roland. à Valle in cons. 69. num. 22. lib. 4.*

15 qui nec recedere à contractu potest, quando locator offert implere, & ità facere, vt locator vti possit re locata, *Ludou. d. decis. 235. num. 3. & decis. 130.*

16 Rursus effectus est huiusmodi symboli intèr locatorem, et conductorē, quod sicuti singularis successor non tenetur stare colono per *text. in l. emptorem C. locat., & in l. filio fam. §. si vir. ff. solut matr. Couar. var. resolut. lib. 2. cap. 15.*, penes quem habebis ampliationes, et limitationes, *D. de Franch. decis. 334.* vbi loquitur de colono partiario, qui expelli etiàm potest à nouo emptore, *Marta voto 139. per tot.* sic etiàm nouus dominus non potest cogere colonum inuitum ad perseuerandum in conductione *Surd. decis. 52. nu. 9.* quem *seq. D. Pasch. loco cit. sub num. 29.* aduertens, regulam prædictam, quod singularis successor non teneteur habere ratum contractum locationis sui prædecessoris; procedere dumtaxàt, quando successio fit per extinctionem, et priuationem iurium locatoris, secùs quando per iurium translationem, secundum considerationem *Iacob. Madell. cons. 108. num. 1. Cacher. decis. 82. num. 3. Surd. decis. 40. num. 10. D. de Franch. decis. 216. num. 5 Mastrill. decis. 5,*

17 *num. 2.* vndè si locatio fiat nomine prælati, eius successor non tenetur eam approbare, *Peregr. de fideicom. art. 40 sub num. 104.*, secùs si fiat nomine Ecclesiæ, quia Ecclesia nunquam moritur *Aluar. Valasq. in decis. 40. per tot. Surd. decis. 326. num. 6. & 76.*

Hoc enim in casu *D. Consiliarius Hodierna ad Surd. decis. 33. sub num. 2. vers. tamèn*, aliā distinctionē adhibuit, quod

18 aut locatio facta à suo prædecessore fuit finita, aut non fuit finita, si fuit finita in tali casu nulla censetur facta reconductio, per receptionem vnius anni, sed solum pro illo anno, pro quo præstita fuit pacientia per *text. in l. item quæritur §. qui impleto ff. locat.* nempè si essemus in predijs rusticis, et talis reconductio fieret absque expressione tēporis, secundum *Fab. de Anna in addit. ad suum genitorem sing. 325. & 696.* maximè si annus fuerit cæptus, et terræ essent seminatæ, quo in casu successor in beneficio tenetur stare locationi pro illo anno cæpto, secundum *Franc. Marc. decis. 196. in fine p. 2. Cacher. decis. 82. in fine, Grat. discept. forens. cap. 606. num. 17. Polyd. Ripa obseruat. 115.*, vt scilicèt cum ipso conductore diuidat fructus dicti anni cæpti, pro vt è contrà, *Caualc. decis. 44.*, aut non erit finita, et tùnc substinguit *D. Hodierna* secundum *Polyd. obseruat. 132.*, quod aut ex facto ipsius

præ-

Digitized by Google

prædecessoris, veluti per renunciationem, aut non facto prædecessoris, ex quo mortuus fuit, in primo casu tenetur stare colono, ea ratione, quia quando vsusfructus finitur facto vsufructuarij, vsufructuarij successor tenetur stare cōductionibus prioris possessoris, secundum *Caroc. de loc. & conduct. p.2. tit.de vsufr.q.2.num.6. & 7.*, quia factum conductoris nō nocet locatori, probat *Surd. de Alim.tit.9.quest.42. num.13.* In secundo casu alitèr dicendum, quia dùm ipse non habet ius in dictis fructibus, nisi durante sua vita dumtaxàt, non poterat post mortem obligare successorem, & sic ei præiudicare *l. si quis domum ff. locat.*, *Grat.d.cap.606. in fine*, affirmans id etiā, si conductor recepisset anticipatam pensionem, quam distinctionem ex pluribus per ipsum citatis, ante *D.Hodiernam*, admonuit etiàm *D. Paschal. loco cit. sub num. 30. 31. & 32.* voluit *Ripoll. var.resolut.d.cap.12. sub num.150.151. & 152.*

19 Item ex hoc symbolico fonte scaturit regula, quod sicuti famulo ad annum conducto, si recedit infra tempus absque causa; non debetur salarium, si tantùm damnum Dominus sentiat ex recessu, quantùm commodum habuit ex seruitio *Bald.in l.ede n.8.C.loc.* sic etiā è contrà, si famulus sine causa expellitur, integrum debet habere salarium, etiam pro tempore futuro, *Cappella Tholos. decis. 268.* quam citat, & sequitur *Pasch. loco cit. sub num.36.* notans *sub num.37.* quod si Do-
20 minus iracundia motus dicat famulo, *Vade per viam tuam, vel ad bonam, vel malam horam*, quod talis licentia non est iusta causa recedendi à seruitio, & non obstante tali licentia, potest famulus cogi ad continuandum seruitium vigore pacti, secundum *Gram. in Constit. Regni eos, qui scientèr num.18.*

21 Et in hoc scias, quod Pater potest filium suum cùm aliquo exercente artem machanicam locare, vt artem illam edisca, etiam si fiat talis conuentio per Tutorem, vt post multos resoluit *Ripoll. d. cap.12. sub num. 42. ad 46.* extendens id ipsum *sub num.47. vers. sed quid si minor*, etiam in minorem se obligantem absque Patre, & Tutore, vt *in l. filiusfam. ff. de act. & oblig. l. tàm ex contract. ff. de iudic.* *Ant.Gomes var.resol.cap.seruit.n.11.* vel si minor ledatur in tali contractu, vt puta, quia Magister, cum quo fuit conuentus, est ignàrus, vel alitèr eueniat læsio, pactum istud, probata læsione, poterit annullari, & contractus rescindi *Gutt. de iur.confirm.par.1.cap.5.n.6.*

22 Scias etiam, quod cùm scholares non sint soliti dare salarium eorum famulis, sed solùm victum, & vestitum, si famulus recedat à seruitio scholaris, non tantum aliquid ab eo petere non valet ratione salarij, sed quod magis possunt ei vestes donatæ auferri, vt post *Rebuff. tract. de priuil.scholar. priuil.167. & Martam voto 99. in fine*, notat etiam *Paschal. loco cit. sub num.23.*

23 Et vlteriùs est notandum, quod si Mater minoris eius minorem filiū obligauerit cùm eius obligatione ad habitādum cum Sartore pro certo definito tēpore sub aliqua pœna, quod si minor discedat ab habitatione conuenta, Mater illa ad pœnam aliquam nō tenetur, quia habitationis obligatio per Matrem filij minoris facta in aliquo loco, etiam adiscendi artem, est nulla, & Mater non habet minorem in potestate, ad illum obligandum, prout Pater *§. femina instit. de adopt. l. nam, & femina ff. de adopt. l. meliorem C. eod.* & sic nulla existente primæua obligatione, quæ subsequitur, tanquàm non habens existentiam, cui inhæreat, est similitèr nulla *Afflict. decis.149. in princ. Gutt.de iuram.firm.par.1.cap.57.sub n.11.* sequitur *Ripoll.d.cap.12.sub n.50.*

24 Conuenit hoc in symbolo, nàm quēadmodum conductor potest rem sibi locatam alteri locare, *l. nemo prohibetur C. loc.* nisi essemus in prohibitione statutaria, vt in hac Ciuitate Neapolis *Marcian. Cons.decis.57. num.5.* & in casu, quo sublocari possit, requiritur vt sublocator sit æquè idoneus, & conductio fiat ad eundem vsum *Linglois decis.5.q.4. num.3. C. de vsufr.* adeò, quod si primus conductor efficiatur non soluendo, habeat locator actionem contrà secundum conductorē *Caroc.de locat.q.10.n.2.* quem citat, & sequitur *Ripoll. d. cap. 12. sub n.269.* quod declara etiam in rebus fiscalibus, & vniuersitatis *Petrus de Vbaldis de duob. fratr. par.10. n.2.* Sic etiam reconducere potest

l.item quæritur §.*qui impleto ff. locati*, vbi communitèr Doct. sentiunt, rem conductam censeri ex tacito consensu ambarũ partium tacitè reconductam, quando de vtra earum in termino non sit declaratũ velle à conductione recedere, vt probat *D.Hodierna ad Surd.d.decis.33.in fine*, in causa loguerij propriæ eius domus, etsi contrarium fuisset decisum in illa facti contingẽtia ob varias circumstantias inibi per ipsũ adnotatas, testatur ipse, quod intellige secundùm cõsuetudinem Neapolis declaratam per *Reg.pragm. de locat. & conducto*, & per decretum M.C.V. de quo meminit. *Nouar.super prag. 1. collect. 1.num.73.eod.tit.* qua circumscripta, reconductionem prædij Vrbani respicere dumtaxàt tempus, quo in illo habitauit, testatur *Afflict. in decis.365.* & notatur *in d.l.item quæritur*, §.*qui implenda, ff.locati, Christ.decis.Cur. Bulg. 16. par.3.* In reconductione prędij rustici debetur pẽsio pro toto illo anno *l.qui fundum, & l. qui ad certum, ff. loc.l. si quis nec causam* §. *1.ff.si cert. petat. Mantica de tacit. & ambig.conuent.lib.5.tit.15.* quod declaratur, non habere locum in rebus fiscalibus, in quibus, finita locatione, non datur tacita recouductio, *Mele ad Gizzarell. d.decis.5. sub num.18.* & in alio socio *Caroc. loc.cit. num.49.* & in casu tacitæ reconductionis in qua datur eadem hypotheca, de qua in prima conductione *l.item quæritur*, §. *qui impleto, ff. locati*, an sit eadem hypotheca, quæ primi, vel noua, vide apud *Barb.de assist.gl.12. sub num.219.* vbi tenet, concludendo, esse nouam hypothecam vide *Nouar.super prag.1.de locato, & conducto, coll.2. n.7.* in quo loco inuenies etiam quando censeatur facta tacita reconductio.

25 Constat postremo in hoc esse speciale symbolum inter condominos rei locandæ, vt puta tres possident rem communẽ, quorum duo sunt concordes in vni locando, tertius verò contradicit intendens alteri locare, vel totam rem communem retinere pro se, quid agendum: nàm si velis dicere, quod attendenda sit maior pars, iuxta textum *in l. maiorem ff. de pact. l.aliud* §.*refertur ff. de reg. iur. l.quod à maiori ff. de municip.* habebis

26 in contrarium specialem textum *in l. per fundum ff. de seruit.rustic.prædior.* vbi quando aliquod est commune, vt singulis, non attenditur maior pars. Hinc est quod quando aliquid spectat singulis, vt singulis, requiritur consensus omnium, nec voluntas maioris sufficit partis, pro vt notat *Capobl. de Baron. cap.73. pragm. 2.sub num.1. & 2. D.Reg.de Ponte in cons. 108. in fine vol.2.* Insupèr vrget *text. in* dicta regula, quod in re cõmuni melior est conditio prohibentis *c. iure communi de reg.iur. in 6.l.Sabinus ff. com.diuid.*

27 Carocius *in tract.de locat. & conduct. tit. de re communi folio meo 139.* hoc in quæsito procedit per plures conclusiones, quarum.

Primam esse dicit, quando versaremur in prædio Vrbano, & solito locari: tùnc enim præfertur ille, qui vult locare contradicenti, secundum *Bald. in l.1. in fine C.qui testam.fac.poss.Bart. & Castr.in l.hac distinctio*, §. *cum fundum ff. loc.* loquentes de domo *Alex. in l.serui electione* §. *labeo num.8. vbi Ias. num.17. ff. de leg. 1. Bald. & Angel. in l. duo fratres ff. de acq. hæredit. Dec.cons.282. Crauetta cons.319. num. 10.*, quicquid dicant de socio absente, & ignorante: cùm sufficiat si prædium sit solitum locari, & locetur abs-

28 que fraude *Anch.Iun.q.28.num.1.& seq. lib.2. Ioan. Bat.Costa de part. Rat. quæst.5. sub num.6.* vnde habebis, quod omnino intercedi debet solitum locandi, quod an dicatur ex vnica locatione, vide *Ant. Gabr.com.concl. tit.de locat. lim.1.sub num.*

29 4. meliùs *Magon.decis.Lucens.14.nu.29. Hieronym.Gabr.cons.82.vol.2.Bursat.cons. 153.num.3.vol.3.* & dumodo fiat per socium personæ honestæ *Paul. de Castro d. l.hac distinctio* §.*cum fundum ff. eod.* adeò, quod ex ista causa contradicere possit socius *gl. in l. non aliter ff. de vsu.*, *& habit. Ias.in l.1. num. 24. C.qui testam.facere poss.* vel si socius locaret pro pen-

30 sione minus iuxta, & inutilitèr tùnc melior semper erit conditio prohibentis, vel si prohibens habeat maiorem partem in fundo locando, vel si in hospitio prohibens habet maiorem aptitudinem in eo, & magis proficiat artificibus *Franc. Marc. decis. 512. parte 2.* vbi obseruat quando hospitium tenebatur conductum per talem, pauci concurrebant,

bant, quando verò per alium talem plures concurrebant: quo casu secundum *Florianum in d. l. Sabinus*, posset etiàm
31 socius inuito socio locare domum cõmunem, etiàm Meretrici, si socius velit alteri locare pro minori pretio per *text. in l. Angillarum in fine ff. de petit. hared.* & in talitèr locando castitas locatoris non leditur *cap. alterabilitas* 32.*q*.5. licèt hodie sit hoc correctum per *text.* §. *sancimus auth. de lenonibus*, qui loquitur de lenonibus conducentibus domos ad inibi deflorandas Virgines, & in hoc
32 locator, & conductor non sunt symboli, quia in honestas locatoris non inquinat honestatem conductoris, vt apparet Neapoli vbi sunt quarteria domorum, quæ locantur meretricibus, & alijs personis infamibus, quæ domus possidentur per personas honestas, & nobiles, quorum honestas non denigratur per in honestatem condutricum, vel è contrà, tamensi dici soleat, secundum *Caroc. loco cit. sub num.* 11. *in casa del tale sempre vi sono state à piggione puttane*, nec tale quęstum à talibus loguerijs tur-
33 pe dici potest, quia venit illud actione petitionis hæreditatis *gl. in d.* §. *sancimus*, quod nota pro domibus deseruientibus pro recitandis Comedijs Neapoli in loco dicto *à San Bartolomeo*, Theatrũ, quod locatur per sacrum Hospitale Incurabilium dictæ Ciuitatis, pro quo eruditissimè scripsit *D. meus D. Michael Muscettula* tùnc aduocatus primarius, nunc dignissimus Regius Consiliarius Sanctæ Claræ, & adduci possent quæ nouitèr adnotauit *Amaya iur. obseruat. lib.* 3. *cap.* 5.

34 Secundam ponit conclusionem *Vincentius Carocius loco cit. sub n.* 16. quando essemus in prædio rustico, Molendino scilicet, & similibus, & sunt plures socij discordes in locando, vnus intendens locare vni, alter verò alteri, tunc vterque auditur, quia fit diuisio emolumentorũ, prout de veriori opinione testatur *Ripa in l. quo minùs cap.* 6. *sub n.* 138. saltim actione negotiorum gestorum, secundùm *Petrum de Vbaldis de duob. fratr. par.* 5. *quæst.* 9.

35 Tertia erit conclusio ex parte conducentis, quando socius voluerit pro se rem communem, quoad eius ratam, & conducere portionem aliorum, & tali casu præferri debet socius, *Socc. cons.* 58. *lib.* 3. *Castr. in d. l. hac distinctio*, §. *cùm fundus ff. locati*, & si nouus conductor offerat maiorem pensionem præfertur antiquiori, diximus supra, quod declara, etiam in directo domino, qui præfertur in re locata per vtilem cõductorem, adeò quod si domus, vel alia symbola res, quàm socius pro se conducere velit, non recipiat commodam diuisionem, potest ea vti, & habitare in ea absque solutione alicuius pensionis: si scilicet vtatur ad vsum destinatum, *d. l. Sabinus in verbo constat in fine, ff. com. diuid.* ratio est, quia habitans censetur vti iure suo *l. merito, ff. pro socio.* Vel quia actus ille habitãdi non est obligatorius, quia nõ potest explicari in parte vnius, quin geratur in partẽ alterius, additionator *ad Bart. in l. duo fratres, ff. de acq. hared.* in indiuiduis quædam portiuncula, etiam punctus, secundùm *Philosophos, et subtilissimum Eguinarium Baronem de diuid. et induid. oblig. lib.* 1. *cap.* 2. *vers. in priori quidem tomo* 3. *folio meo* 207. est communis *Grat. discept. forens. cap.* 302. *sub num.* 34. & sic quando vnus ex socijs vtitur re communi ad vsum destinatum, alius sibi debet imputare, qui non vtitur pro parte sua, hanc opinionẽ sequuti sunt *Petrus de Vbaldis d. par.* 5. *q.* 9. *Caroc. p.* 2. *tit. de societ. Surd. cons.* 260. *num.* 20. *vol.* 2. cùm alijs relatis *per Castam loco cit. sub n.* 1. dummodò iste socius aliam non habeat domum, secundum *gl. in l. arboribus* §. *nauis in verbo nauig. ff. de vsufr. Roman. cons.* 168. *in fine*, qui etiàm tenet, vt socius inhabitans non teneatur ad pensionem aliquam, si societas sit supèr eadem re, vel omnium bonorum, *Ias. in l. serui electione* §. *labeo num.* 17. *ff. de leg.* 1. *vbi Ripa num.* 14. *Anchar. Reg. quæst.* 28. *parte* 2. *Andr. Gaill. pract. quæst. tit. de pign. obseruat.* 14. *&* 20. *nu.* 4. *Mozz. de soc. col.* 4. *num.* 3. *Menoch. cons.* 121. *num.* 103. *vers. & recepta opinio Corn. cons.* 222. *num.* 4. *lib.* 2. *Ioseph. Ludou. concl.* 53. *col.* 14. *vers. similitèr potest*, & hanc esse communem opinionẽ testatur post alios *Caroc. loco cit. sub num.* 19.

36 Quod adeo verum esse putat *Caroc. sub num.* 22. in domo indiuisibili, vt autho-

thoritate propria socius frangere possit clausuram domus à socio appositam ad effectum impediendi, nè socius vtatur re communi, allegat *Castr. cons.395.in causa, qua vertitur col. 2. vol. 2. per text. in l. si vtinam §. si ad Ianuam ff. quod vi aut clàm.* & in prædio rustico licebit frãgere ianuam, & cancellum, *Crauett.cons. 4.num.10.* ex quo socius in re communi, & indiuisa partem habet in quolibet minuto cespite, vel gleba, *gl.in l.si familiæ in verbo pro parte C.fam. ercisc. Amicus cons.20.num.15.*

37 Vndè excandescit *Caroc. sub num. 24.* contrà tot quærelas sub specie turbatæ possessionis, quæ ex odio potiùs, & inuidia quadam porriguntur contrà sociũ alium: cùm si iurium dispositione propria authoritate hoc facere non prohibetur, cur pœnam reportare debet (subdit bonus doctor) & si processus est cancellandus; cur non sumptibus quærulantis? aduertere enim debent latrunculatores postquàm sitibundi recipiunt istas quærelas, vt pro iustitia cancelletur per quærulantem, sed ficret dãnum apothecæ iàm conductæ, & pauci hospites accederent ad hospitium *Hæc Caroc.* ego subdo, quod sic poterat esse in illis temporibus, hodie verò minimè deficiunt qui in similibus procedunt ad citãdũ quærulatũ ad informandũ, ac si cũ vi publica aciem expugnasset, immemores, quod talis quærela de turbata possessione absque armis est causa mera ciuilis, & ciuilitèr super ea procedendum, præuia citatione super tenore quærelæ, vt de notabili Regni praxi testatur *Viu.decis.121. sub num.3.* dicemus infra *in tit. 4. cap. vlt.* vbi agemus de *symbolo contractu, & distractu.*

38 Poterit contraria opinio sibi locum vendicare, quando societas esset specialis, vel in fundi rustici fructibus, & domus pensionibus, vel quando habitare intendens prouocatur ab altero ad diuidendum: tùnc enim pensiones reponuntur sub sequestro ad finem diuidendi, *Caroc.vbi supra.*

39 Notandum insuper in materia symbola hoc in præcedenti casu: non esse scilicèt symbolam habitationem iure societatis, & habitationem iure amicitiæ, quia in hoc potentior, & fauorabilior est societas, quàm amicitia: cùm amicus inhabitans domum sui amici, nulla constituta pensione, tenebitur, si quam fuisset consumpturus, si conduxisset *Corn. cons.64. num 5.lib.1. Natta cons. 53. num. 1.* si scilicèt domus erat solita locari, aliàs secus, *Natta ad Alex.cons.44. num.10.lib.3.* quia nùnc dicetur commodata, ad tradita pèr *Mantic.de tacit.lib.9. tit. 1.num. 13.* & proindè habitans domũ amici non confundet quoad pensionem ad amicitiam, secundum *Caroc. loco cit.sub num.28.vers.tu igitur.*

40 Quæ quidem pensio solui debet, cõsiderata qualitate domus, quanti sit solita locari alijs vicibus, vt si nunquam fuit locata, attento solito illius regionis parium, vel similium domorum, attẽta etiam qualitate habitatoris, quanti pro sua condecentia, & quantitate fuisset conducturus.

41 Quando verò vnus ex socijs recusat locare domũ, vel rem locari solitam, sed vult ipsemet pro se inhabitare, & non vult conducere partem sui socij, hoc in casu potest socius habitare: verum non impedire alteri socio, quominùs valeat partem suam alteri locare, aliàs huic cõsultum non esset: nisi mediãte diuisione, *Doct.in d.l.serui electione, § labeo, post Caroc.* firmat *Costa loco cit. in fine*, si tamen domus non est solita locari, & vnus vellet locare, & alter non, si nolens locare iniustè impediret, teneretur ad interesse volenti locare, secundùm cautelam positam *à Menochio de arbitr.casu 442.in fine,* ad quod nota pulchrum casum positum per *Salyc.in l.Iubemus C. de sacros. Eccles.* nempè duo fratres, vel socij possident fundum communem, vnus vult, quod seminetur, alter vero non, an qui seminat tenetur dare partem prohibenti, & secũdùm etiam *Iosephum Ludou. d. concl.53. vers.solet etiam,* concluditur, quod non, ad reprimendam iniquitatem, & audaciam prohibentis, quæ maxima consideratur, quando impediuntur fructus à natura producti ad sustentandum genus humanum, sed temporibus suis (dicit *Caroc.loc.cit.*) adinuenta fuerũt remedia, vt

42 noctis tempore cõburent, & fructus, & segetes, inuocãdo banditos, & facinorosos

fos homines, nostris temporibus nec desunt homines desperati, qui absque scrupulo conscientiæ, & Dei timore comburunt rura, & casellas, etiam post habitum pretium.

43 Quid si socius, vel frater vult locare domũ in lupinari, & concurrerent ad illã locandam tres meretrices parem mercedem offerentes, quæ ex eis præferatur? hoc Iudicium est Paridis, vt pulchiori detur, & magis pùtaui, vt antiquiori in exercitio, vel magis satisfaciat in opere, & exercitio, resolutur, quod concurrentibus paribus vituperijs, concedenda est locatio minus rixosæ: cũ etiã in generalitate attendendum sit minus malum, & maior cautio in peccãdo, iuxtà illud sacræ Paginæ *si non castè, cautè*.

44 Sed si inter Doctores legentes vnus impediretur per alium confundendo in legendo voces, primus potest expellere vltimum, *l.vnica in fine C.de stud.lib.Vrb. Rom.Hostiens.in cap.significauerunt de Iudic.* sic etiàm, si scholaris ab altero turbetur, studendo in camera, potest turbans expelli actione pro socio *Spec. de Iudic.§.2. vers.hoc etiam nota*.

45 Occasione eiusmodi prælationis notandum est etiàm hunc casum: nàm quidam locauerat quendam Campum ab aliquo certa mercede pro locatione cõstituta, locans campum illum seminauit de tritico suscepto ad credentiam pro tali fine, Dominus Campi à conductore tempore messium mercedem conuentam petebat, dominus tritici expostebat pretium tritici accredentiati; Dominus verò directus ipsius campi certos annuos census, & pensiones solui cessatos etiàm sibi solui intendebat, quis eorum in primo loco debuerat satisfieri, an credens triticum pro ipsius valore, an campi dominus pro Mercede, an vero dominus directus pro pensionibus solui cessatis. *Vide Ripoll.d.cap.12.sub nu.58. ad 73.* vbi resoluit pro domino directo per cotas inibi per ipsum: sed meliùs videas *Hieronym. à Laurent. decis. Auenion.16.sub num.4.*

46 Sed ecce duo sunt domini vnius hospitij: vnus dùmtaxat ex eis locauit, & pensionem pro sua rata exegit, an teneatur partem exactam alteri communicare, dices conclusiuè, quod tenetur, ex quo diuisio proprio exigentis marte fieri non potest, *per l.si quis putans. §.siuè autem ff.commun. diuid. Petrus de Vbald. de duob.fratr.loco cit.* qui in hac materia concludit, quod procedit vsus indifferens, & ex hoc aduertit *Caroc. loco cit.* melioris conditionis esse, qui habitat, quam qui exigit partem communem: cùm in obtinẽdo rem melior sit conditio possidentis, quàm agentis, si credamus faciliùs dari retentionem, quàm actionem *l.1. ff.de pign. l.1. ff. de superfic. Decian.responso 94. num.17. lib.5. Capyc. decis.119.num.8.*

47 Quid si duo socij conduxerunt domum, vnus eorum recedat, an alter teneatur insolidum, vel pro rata sua dumtaxàt *Angel.& Imola in l.duo fratres ff.de aeq.hæredit.* concludunt teneri pro rata dumtaxàt, & si tres sunt domini, vnus in tertia, alius in quarta, alius in sexta, si duo locant eorum portionem pro rata non locantis non quæritur actio, nisi ille habuerit pro derelicto, vel sine hærede decesserit *Alex. in l. proinde ff. de stipulat.seruor.*

ARGVMENTVM.

Remedia an sint symbola inter locatorem, & conductorem.

SVMMARIVM.

1 *Sterilitas contingens in re locata est peculiare remedium ad obtinendam mercedis remissionem.*

2 *Causa symbola sterilitatis sunt: Primo locustæ, sturni, grilli, mures, & serpentes.*

Item secundo, immoderata niues, grando ingens, Pluuia insolita, siccitas perrendis

rendis, & putrefactio elementi num. 3. Item tertio, incendium repentinum, Agressura latronum, factum tyrandi, naufragium, terremotus, & similes. num. 4.

5 Sturnus, grillus, & mus sunt de directo contrarij segetibus.

6 Deus cur creauerat muscas, pulices, culices, & pediculos remissiuè.

7 Historia de eo, qui tedio effectus musca, conuertitur in muscam.

8 Princeps muscarum quis sit.

9 Locusta à quo dicta.

10 Historia de immoderatis niuibus.

11 Niues an sint in fructu.

12 Rubigo, & vrego an sint causa sterilitatis.

13 Rutilius Benincasa, aliàs Almanaccus, an benè presagiat.

14 Constillatio vera qua sit ad optinendum latas segetes.

15 Historia siccitatis in anno 1586. & 1587.

16 Historia carestię in anno 1647., & 1648., & 1672.

17 Ingendium repentinum casus est fortuitus.

18 Historia terremoti, & ingennij montis Vesuuij remissiuè.

19 Remissio quomodo sit facienda in locatione.

20 Communis opinio quæ nàm dicatur.

21 Remisso mercedis est regulanda secundum iuris regulam, & casuum distinctionem, attenta antynomia text. in l.ex conducto §. si vis maior vers. qua tamen ff. locat., & text. in cap. propter sterilitatem eod. tit.

22 Restaurum ex pacto conuento quomodo faciendum in locatione num. 23., & 24. & 25.

26 Quid si fiat pactum de soluenda integra mercede etiàm tempore pestis.

27 Conducens prædium, in quo est plantata Vinea, oliuetum, & habet terrenum laboratitium, quomodo sit admittendus ad remissionem mercedis.

28 Remissio non fit quando locatio est facta tempore pestis, belli, & loci, in quo solitum est recipi grando, rubigo, & similia.

29 Remissio mercedis fieri non debet vbi alias non est solita illa fieri.

30 Remissio mercedis non est facienda si clades eciderit in fructibus.

31 Casus fortuitus an sit symbolus cum periculo, & risico.

32 Pactum suscipiendi omne periculum est symbolum cùm pacto de restaurando omne damnum.

33 Locatori sicuti competit actio locati cōtra conductorem ad æstimationem damni dati in re locata, sic etiam competit conductori actio ex conducto, contrà locatorem.

34 Locator, & conductor sunt symboli quoad obseruantiam contractus.

35 Locatori sicuti competit actio ex locato ad recuperandam rem locatam à conductore, sic conductori competit actio ex conducto ad recuperandas expensas factas in re locata.

36 Actio symbola intèr locatorem, & conductorem quando datur pro damno dato in re locata.

37 Mandatum de manutenendo quando sit symbolum intèr conductorem, & locatorem.

38 Interdictum quod vi, aut clàm, quando est symbolum intèr locatorem, & conductorem.

39 Locator sicuti non tenetur stare locationi ob pacta non seruata, sic nèc etiàm conductor.

40 Restitutio in integrum quomodo symbola intèr locatorem, & conductorem, & num. 49. & 50.

41 Locator, & conductor quando sint symbols in opere conficiendo.

42 Actio exercitoria quando est symbola intèr locatorem, & conductorem.

43 Ignominia quando est symbola intèr locatorem, & conductorem.

44 Exactio pænæ conuentionalis, intèr locatorem, & conductorem quando est symbola.

45 Incertitudo loci, & temporis quando est symbola intèr locatorem, & conductorem.

46 Commodum, & incommodum quando est symbolum intèr locatorem, & conductorem.

47 Medicus, & ager in quo sint symboli.

48 Mora purgatio quando est symbola intèr locatorem, & conductorem.

CAP.

Digitized by Google

CAP. IX.

1 PEculiare remedium pro euitanda mercedis solutione, competere solet conductori remissionis mercedis ob sterilitatem contingentem in re locata: & proindè adnotarunt Doctores causas symbolas sterilitatis, propter quas fieri
2 aliquando solet dicta mercedis remissio, & causæ symbolæ sunt in primo genere locustæ, sturni, grilli, mures, serpen-
3 tes, & similes: in secundo genere sunt immoderatæ niues, grando ingens, Pluuia insolita, siccitas perendis, & putrefactio elementi. In tertio genere sunt
4 incendium repentinum, agressura latronum, factum tyrandi, naufragium, terremotus, & similes.

Est causa proxima sterilitatis locusta, sturnus, grillus, & mus: cum talia ani-
5 malia sint de directo contraria segetibus, & grauissima damna non solum vineis, agris, & pecoribus, sed etiam ipsis Ciuitatibus inferût, pro vt de Cossa Ciuitate murium corrosione collapsa in Hetruria, & in Hispania oppidum fuisse à cuniculis deuastatũ, & in Thessalia à Talpis, & à Ranis fugatam Ciuitatem in Gallia, à locustis in Africa ex Gytho Cistadum Insulam fugatos fuisse Ciues ex muribus, & serpentibus, & villa quædam sub Manete Maiello deuastata à Formicis, & in anno 1542. locustarum tantam nubem à mari vento repetente in Apuleam illatam esse, vt straminibus suis agros late operirent, & aliquando tanta copia locustarum in Italiæ partibus, & regionibus volauit, vt per sex integras horas duraret volatus, ac ceu dentissimæ nubes solem obscurarent, quo factum est, vt ianuæ paulo ante sementes consumptæ fuere, refert *Nouar. collect. 1. super pragm. 1. de Brucis*, non mirum, quia per ista vilia animalia punit sæpissimè Deus benedictus super-
6 biam nostram: nàm si velis inquirere, cur Deus creauerat muscas, pulices, & pediculos, iuuenies apud *D. Augustinum lib. 9. tract. 1. cap. 1. num. 3. lit. 1. exodo* 10.
7 venit locusta, & Bruchus, cuius non est numerus. Vna enim plaga est locustæ, & Bruci, quorum alter est parens, altèr vero fætus: Vnde Bruchus est filius locustæ, secũdum *Aug. ertarrat: in psalm.* 104. *lit. E. tomo* 8. in quarum alis obseruari solet duæ literæ obliguatæ, nempè in vna I. in altera *D.* hoc est *Ira Dei*,
8 legitur de eo, qui tedium patiebatur à muscis interrogatus ab altero, quis namque fecerat muscas, & quia tedio effectus est, & quia oderat illas, non audebat dicere, quod Deus creauerat illas, tentator statim subdit, si Deus non fecit illas, quis namque fecit? plane ait ille, ego credo, quia diabolus fecit muscas, & ille statim si diabolus fecit muscas sicut te video confiteri, quia prudentèr intelligis, apem quis fecit, quę paulo amplior est musca: non respondit. Deus fecit apem, quàm si diabolus fecit muscam, vt ipse fatebatur, apem etiam fecisset, de ape dixit ad locustam, de locusta ad lacertam, de lacerta ad Auem, de Aue ad pecus, de pecude ad bouem, de boue ad Alephantem, prostremò ad hominem, & persuasit homini, quia non à Deo factus est homo, & sic ille miser cum tediũ passus sit à muscis, mu-
9 sca factus est, quam diabolus possideret Beælzabub quippe, interpretatum dicitur Princeps muscarũ, dicuntur sturni, locustæ, & graculi cohortes, pestesque agrorum *d. l. si vis l. excepto C. loc.*, & secundum *Plin. lib. 10. cap. 14. Cuiac. lib. 5. obseruat. cap. 26.* sturni, & graculi volutant gregatim, agrosque depopulant, dicitur locusta quasi loca vrens, quia omnia depascitur, & deuastat; & fuit pæna Faraonis.

Legitur de immoderatis niuibus, quibus horrenda altitudine, etiàm in foro
10 per dies quadraginta manentibus, tyberis quoque gracie duraretur, vt patet apud *D. Augustinum de Ciuitate Dei cap. 18. lib. 30. lit. M. folio meo 16.* vnde videmus perire segetes immoderatis niuibus; cùm ipsæ erumpant, & conquassent arbores suo pondere, & vegetes refrigerant, adeo vt à radice arescant, pro vt imbribus, immodicis pluuijs, fluminum inundatione, & grandine, vidimus segetes perire, quæ sint symbolæ casus fatalis, viris maioris, casus magni, & tempestatis *l. verum non si locupletem ff. de minoribus l. si vt certa §. quod vero, cap. reuertimini 65. 16. q. 1.* cùm con-

concordantibus relatis *per Franciscum Amayam observat. iur. lib. 3. cap. 3. sub num.* 3. licet moderatæ niues sint in fructu, secundum vulgatam decisionem *Gizzarelli* 34. inibique communitèr per addentes: cum declaratione tamèn, esse scilicet in fructu Burgico, & non feudali, iuxtà doctrinam *Barbati nostri in tract. de diuis. fruct. p. 1. cap. 17. sub num.* 125. ex quo Baro niuem colligit, prout quilibet priuatus, & licet inter laudabilia sint grando, nix, glacies, et procella *psalmo* 148. tamèn aliquãdo sunt ad interitum, et cladem, secundum *Plinium lib. 18. cap. 28. circa finem*, qui dicit, quod duo genera sunt cælestis iniuriæ, tempestatis scilicèt, et sunt grandines, procellæ, cæteraque symbola, quæ cum acciderint vis maior appellantur, et steri-
12 litatis, et sunt rubigo, & vredo, et symbola, patet *Iohel* 1. vbi dicitur *propter peccata populi dissipata sunt horrea, dissipatæ sunt apothecæ, confusum est triticum, ingemuit animal, mugierunt greges armenti, quia non sunt pascua eis, sed & greges pecorũ disperierunt, &* Ægei primo, *ponite corda vestra super vias vestras, dicit Dominus, seminastis multum, & collegistis parum, & comedistis, & non estis saturati, bibistis, & non estis ebriati, respexistis ad amplius, & ecce factum est minus, & intulistis in domum, & exsuflaui illud, propter hoc super vos prohibiti sunt cæli, ne darent rorem, & terra prohibita est, ne daret germen suum, & vocaui siccitatem super terram, & super montes, & super triticum, vinum, & oleum, & quæcumque profert humus, & super homines, & iumenta, & super omnem laborem manuum vestrarum. & in 2. dicitur percussi vos vento, et erugine, et omnia opera manuum vestrarum, et non fuit, qui reuerteretur ad me.*

13 Vnde non secundum regulas *Rutilij Benincasa, seù Almanacchi, vel Macrobij in saturnalibus*, et obseruantiam rusticorum, nempè *Hyberno puluere, verno luto, grandia farra Camille metes, Luca de Penna in l. 2. C. de agric. et censit.* vbi narrat se audiuisse à quodam obseruatore fide digno, quod si dies 15. Nouembris, qui est quartus post festum Beati Martini, in aurora cum signo Thauri occidit, aer est turbibus paratus ad imbres, et pluuias, non est bonum seminare fruges: cum vt plurimum eo anno, centesimo die continuo, vel interpellato immoderatæ, sunt pluuiæ; siuè niues, ità quod sata inundatione aquarum, et niuium corrumpentur, vbi autem aer est lucidus, et serenus, tunc bonum est: Nàm per continuum ipsum diem, vel interpellatum aer sine pluuia erit, et lætæ segeres coalescent: Vnde *Bernardus super sent. Salom.* prosequens illud, *Imber abijt, et recessit*, Imber, qui innundatione facta operiebat terram, culturasque impediebat, vel sata necabat, vel seri vetabat, is inquam imber excurrit, abijt, et recessit, et dicitur *prouerb. 28. in imbre vehementi paratur fames*; sed ferendum est
14 sub constillatione bonæ conscientiæ: nam dicitur *Leuit. 26. si non feceritis mãdata mea, dabo vobis cælum de super ferreũ, & terram æneam, & consumetur in cassum labor vester, si autem in præceptis meis ambulaueritis, dabo vobis temporibus suis pluuiam, & terra gignet semen suum*, & sic fruges non à casu, vel aliqua castillatione proueniunt; sed ex mera Dei voluntate, secundum merita, vel demerita nostra, & refert *Caroc. tit. de sterilitate*
15 *bello, & peste*, quod in anno 1586., & 1587. fuit tanta siccitas, arborum, vitium, & oliuarum, tàm oppressa grani segetem omnium penuria, vt nulla vnquam dolebit obliuio, adeo quod omnia erant fænum, cùm inaudita carestia, & fame, nos superioribus annis 1647.,
16 & 1648. experti fuimus in hoc Regno, & in presenti anno 1672. experiuntur omnes ferè nationes, licèt in hoc Regno ex alia causa, quam Cæli vitio patiatur famem. Insumma omnes istæ sunt causæ symbolæ sterilitatis *d. §. vis tempestatis, Bald. cons. 177. vol. 4. Boss. de remiss. merced. num. 24. Sebast. Medices de Casib. fortuitis parte 2. q. 5. in fine, Bald. in l. licet C. loc. Petrus Gregor. Thol. syntagm. iur. ciuil. Vniuers. lib. 17. cap. 1. num. 27. & 24.*

17 Pertinent etiàm ad sterilitatem symbolæ causæ, *& ad uim* maiorem incendium repentinum, agressura latronum, factum tyrandi, naufragium, pestis, & terremotus: nàm incendium repentinũ,

quod

quod ex insolito igne procedit absque culpa, casus est fortuitus, vt patet apud *Thor. compend. decis. Regni parte 3. sect. 3. in verbo remissio mercedis*, vbi loquitur de
18 terremotu repentè facto in prouincijs Calabriæ, & de incendio montis Vesuuij, de facto tyrandi vide *Afflict. decis. 150.*, de agressura latronũ, *vide Amayam d. cap. 3. num. 12.*

Cum ergo segetes prædictis, & alijs symbolis causis sint expositæ, & de facili euenire possit sterilitas, quæ magno incommodo afficiat colonum prædium conducentẽ ad subueniendũ suis necessitatibus ex fructibus, ne supra damnum seminis, & laboris amissi mercedem præstare cogeretur, non sine ratione cautum fuit præsidium, siuè humanum remedium per Cæsares *in l. licèt C. locat.* & Pontificem *in cap. propter sterilitatem tit. eod.* colono pro pensionis remissione ob aliorum annorum vbertatẽ nequeat fieri compensatio.

Difficultatis cardo pro nùnc consistit, quomodo scilicet sit facienda re-
19 missio, & probanda sterilitas casibus desuper enarratis contingentibus: nàm omissis *Boss. loco cit. Mascard. de probat. concl. 1339. Paschal. loco cit. in fine, Caroc. loco cit.* vbi exclamat contrà sex opiniones communes diuersas, quas adducit, si communem opinionem eam agnoscere velimus, quæ ex maiori numero Doctorum augetur, & non eam, quam ma-
20 gis probo, quæ scribitur per duos, vel plures Doctores de eadem materia pertractantes, non verò per eos, & si plures per transennam tangentes casum, vt voluit *Marta summa success. legali parte 4. q. 1. art. 1. vbi ex Nauarra in Manual. cap. 27. num. 289.* magis, dicit, attendendum est quod à sex Doctoribus ex professo materiam tractantibus conclusum est, quàm à quinquaginta perfunctoriè loquentibus, *Sanchez de matr. lib. 3. disp. 38.* ad quod si aduerterent scribentes (*subdit Marta*) non sic de facili de communi opinione testarentur, neque occasionem auferendi fidem à Iuris peritis darent, quasi certis principijs non innitantur, quando communem cõtra communem reperiri affirmant.

Ego dico quod in hoc casu non datur Doctorum opinio; nec communis, nec magis communis, sed regula iuris
21 dumtaxàt *d. l. ex conducto. §. si vis, vers. si qua tamen ff. locat. & text. in d. cap. propter sterilitatem decret. eod. tit.* non enim regulanda est mercedis remissio ad instar beneficij à Iustiniano emptori elargiti in constit. *l. 2. C. de rescind. vend.* quia, & si symbolæ sint in pluribus locatio, & venditio, in hac materia nullam intèr se habent conuenientiam, quãdo singulari præfulcet auxilio locatio, siue conductio *à d. §. si vis*, ibi, *ne vltra damnum seminis amissi mercedem præstare cogatur*, & secundum *Cassiod. lib. 4. var. epist. 48. & 50.* æquum esse, vt agrorum, fructibus enudatis, subleuentur onere tributariæ functionis, quod fieri debere, pietas acquiescit, vt quantum possessor laborauit, vtilitas subleuatur, quatenus mensurata conferatur quantitas beneficij: dùm modus integer cognoscitur læsionis, repugnante siquidem natura, quælibet cedit industria, nec prodest laboris studium impendere, quæ vbertas loci non cognoscitur adiuuare: vnde ad remissionem obtinendam debent, & sterilitas probari in genere, et damnum magnum, et intolerabile accessisse in specie, quæ magnitudo, et grauitas nullatenus regulari potest per regulam *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* vt aliàs suo loco diximus, cum valor rei venditæ exurgat ex sui quidditate, et non ex accidenti contingenti in sterilitate, et in hoc possunt esse symboli locator, et conductor, nàm quemadmodum conductor, deductis expensis, in colendo rem conductam, nihil aliud percipit, vt ex eo solui possit pensio, non tenetur mercedem soluere, sic econtrà, si conductor, vltra expensas, pensionẽq; lucratus fuerit ex re conducta magnum valorem, in illo magno excessu lucri, et valoris augeri debet & pensio, *l. secundum naturam ff. de reg. iur.* ratione symbola in damno, et lucro *l. vnica §. pro secundo C. de Caduc. § illud Instit. de societ. Fach. contr. Iur. lib. 2. cap. 95. Accurs. in d. §. si vis maior, Panormit. in d. cap. propter sterilitatem*, quicquid alitèr sentiant *Castr., Cuiac., Pinell., Valasc. Molin.*, et alij in locis citati per *Amayam*, firmat ipse

Digitized by Google

Amaya d. cap.3 sub num. 15., et sic tale damnum intolorabile accipiendum erit secundum rectũ Iudicis Iudicium: cum simus in contractibus indifferentibus: nempè ad damnum, et lucrum, iuxtà *text.in l. de fideicommisso C. de transact.l. si ex lege C.de vsur. l.si Pater Pue'lę ff. de inoffic.testam.* in quibus non consideratur læsio, *Cafor.Perégr.quæst.lib.1.quæst.*38. *sub num.*23.*&* 34., et sic practicari solet in omnibus Regni Tribunalibus *Ripoll. d.cap.*12.*sub num.*221.*Cafora d.quæst.*28. §.2.*sub num.*31.distinguens remissionem mercedis fieri solitam à læsione: cùm soleat decerni, vt fiat excompotum pro quantitate liquidanda, vt patet in decis. S.C.*apud Thor.loco cit. Menoch. de arbitr. casu* 76.*Cosia de part.Ratæ quæst.*20.*Egid. Boss.loco cit.sub num.*27. *Anton. de Amat. var.reso'ut. lib.* 1.*resolut.*18.*sub num.*22. attamen securiùs erit, vt procedatur in hoc per casuum distinctionem, ex quo attenctà iurium antynomia inter *d.l. ex conducto d.* §.*si vis,vers. quę tamen ff. loca.i, & d cap.propter sterilitatem eod. tit.* cum Vlpianus *in d.*§.*si vis,in d.vers.si quę tamen*, dicat, *quod in internis damnis, quæ intrinseca violentia rem afficiunt, nulla extrinsecus adueniente causa; minime ad remissionem prodesse, & Pontifex in d. cap.* contrariũ statuat, ad quam antynomiam conciliandum vltimo loco insudauit post alios *Amaya d. cap.*3.*sub num.* 17.*& sic.*

22 Primus erit casus, quando conuenerit, vt si superueniret sterilitas ex aliquo casu, ita vt ob eam fructus integri colligi non possent, & conductor damnum magnum, et intolerabile pateretur, damnum illud per duos communes amicos erit existimandum, et resarciri conductori, tùnc enim damni magnitudo, et intolerabilitas non sunt accipiendæ pro vt de iure, sed sufficit illud non esse modicum, sed magnum, secundum vulgi opinionem, quæ in hoc magnopere spectari debet, ex quo tale pactum nihil posset operari, si secundum terminos iuris communis esset intelligẽdum, prout patet apud *Rutn.in cons.*81.*num.*1. *et* 3.*lib.*1.*Ceph.cons.*199.*num.*26., qui in alio casu symbolo concludit, pactum de restauro faciendo propter pestem, et bellum non esse faciendum secundum iuris communis dispositionem, quando nihil posset operari, sed secundum verisimilem mentem contrahentium, vt notabilitèr affirmat *Card. Mantica de tacit., et amb. conuent.lib.* 5.*tit.*8.*sub num.* 22.*Grat.discept.forens.cap.*557.*num.*8.

Hinc est, quod si conuenerint, quod in casu tempestatis notabilis debeat fie-
23 ri illud restaurum, quod declaratum fuerit à duobus communibus amicis, et fructus ex grandine læsi fuerint: sed tamèn adhùc conductor plus commodi perceperit, quàm sit pensio, quam habeat persoluere, nullũ ei debetur restaurum, quia tempestas notabilis ex verisimili mente contrahentium accipitur pro notabili damno tempestatis, & damnum notabile dici non potest, quando quis ex fructibus perceptis integram potest soluere pensionem, ex quo damnum non modicum requiratur, tradit *Rutn.d.cons.*81.*& Ceph. in cons.*357.*nu.* 14.*& seq.* & sic secundum vulgarem loquendi consuetudinem, à qua contrahentium mens recipere solet interpretationem *l. semper in stipulat. ff. de reg. iur.*

Hinc est etiam, quod si in pacto de faciendo restauro, aliqui casus fortuiti
24 sint specialitèr enunciati, reliqui symboli benè intelliguntur comprehensi, in quibus de iure communi restaurum etiã fieri debet *l. si quis fundum* §.*Imperator, & d.l.ex conducto* §.*si vis tempestatis & l. item quæritur, & l.si merces* §. *vis maior ff.:locat.* ratione bonæ fidei, quæ in hoc contractu intercedere solet *Amaya d.cap.* 3.*sub num.*14. *Ant. Fab.de err.pragm.decade* 8.*err.*8.dumodo casus enumerentur exempli gratia, non vero limitandæ obligationis, quia tùnc casus symboli non comprehenduntur, vt conciliat *Mantica loco cit. sub num.* 25.*vers. cum hæc repugnantia*, declarando *sub num.*
25 26.,quod pactum de faciendo restauro tempore pestis, intelligitur de peste illius loci, in quo res conducta sita est, non autem de peste in alijs locis imminente, dumodo pestis non fuerit in locis vicinis, ob quam commercium interdictum fuit, vt decisum per *S. R. C.* patet penès *Thor. compend. decis. Regni p.*1. *in verbo remissio mercedis sinè excompotum.*

Sc-

Secundus principalis est casus, quando per contrarium fit pactum de soluē-
26 da integra mercede, etiam tempore pestis, vel si alius casus fortuitus euenerit: tunc omnino seruādum veniet pactum, & pensionis remissio nulla debetur, ex quo integrum intelligitur absque ulla diminutione *l. decem in fine ff. de fideic. liber. l. 1. §. cum dicitur in fine ff. si cui, quam per l. falcidiam*, voluit *Afflict. decis.* 258. *num.* 2. non ratione designationis pestis, sed bene integræ solutionis promissæ, secundū *Mantic. loco cit. sub nu.* 28.
27 Tertius est casus quando quis conducit prædium siue possessionem aliquā, in quo, vel in qua sit plantata vinea, oliuetum, & terrenum laboratorium: nempe pro stallio telluris soluitur pensio modiorum frumenti decem, pro vinea caddos vini triginta, pro oliuis amphoras olei viginti, soluendas quolibet anno in quinquennium, & propter hyemis asperitatem vinea, & oliuetum sit exiccatum: tunc enim adhuc remissio pro rata fieri debet, quia tunc conductor prohibetur uti re conducta in toto, vel in parte, prout eleganter probat *Imola in d. cap. propter sterilitatem*, & affirmauit *Petrus de Vbaldis parte* 11. *num.* 114. *& seq. Thor. d. parte* 3. *compend. decis. Regni verbo remissio mercedis, Cotta in suis memorabil. in verbo conductor, vers. quarto adde*, quod intelligendum est etiam de vi banditorum, malorumque hominum facinorosorum *Decian. responso* 103. *num.* 2. *lib.* 2., & de omni alia vi, probat *Mantica loco cit. sub nu.* 38.
28 Quartus est casus, quando locatio fit tempore belli, pestis, & penuriæ, & in loco solito ad recipiendam cladem, puta grandinem, rubiginem, & similia: tunc enim nulla fit remissio *Cotta loco cit. vers. secundo adde*.
29 Quintus est casus, de quo apud *Afflict. decis.* 258. de quo meminit etiā *Thor. compend. decis. Regni parte* 1. *in verbo remissio mercedis inqualinis*: nempè quando de consuetudine non fit remissio, etiam accidente peste, vt patet accidisse in illa *Afflict. decis.* declaratum per Regem Alfonsum secundum, quando aliàs regulariter fieri deberet remissio, *Vrsill. inibi in principio*.
30 Sextus est casus quando clades cecidit in fructibus: tunc enim regulariter nulla est facienda remissio, iuxta *Capicij decisionem* 88. *D. Reg. Tappia in pragm.* 2. *de ord. Iudic. incipit post quam publicationem secundum eā in tit. de præsent script.*
31 Cæterum non erit inutile videre, si casus fortuitus sit symbolus cum periculo vel risico, vel ira Dei, nempè suscipiendo in se omne risicum, & periculum, intelligatur etiam recepisse omnes casus fortuitos, dices quod non sunt symboli, quia risicum, vel periculum potest intelligi cùm culpa, & sine culpa, casus verò fortuitus nullam agnoscit culpam *l. quæ fortuitis C. de pignor. act.* consequentèr suscipiens in se periculum in specie, non censetur suscipere casum fortuitum *l. opus, quod in aduersione vbi gl., & Bart. ff. loc.*, & si quis suscipiat in se periculum simplicitèr, conuentio non debet restringi à natura contractus: ita vt nihil operetur, sed debet intelligi, vt aliquid addat: ità vt si priùs ex natura contractus teneretur de læui culpa, iure conuentionis teneretur de leuissima, & si de leuissima, etiàm de casu fortuito, post *Bald. & Bart. in locis per ipsum cit.* testatur *Ruinus d. cons.* 81 *num.* 6. *vers. & pro ista responsione*, quem plaudet *Ceph. cons.* 198. *num.* 22. *vers. quinto*, & sic semper, quod tale pactum potest aliquid operari, circumscripto casu fortuito, ex eorum obligatur, *Corn. cons.* 23. *num.* 12. *lib.* 2. *Soc. sen. cons.* 123. *num.* 3. & 4. *lib.* 4. post eos *Mantica loco cit. sub nu.* 9. alitèr si quis susceperit in se periculum, risicum, & fortunam: tùnc enim includitur etiam casus fortuitus *Bart. in l. si quis ff. de acq. rer. dom.*
32 Symbola sunt etiàm pacta suscipiendi omne periculum, & casus insolitos cum pacto de restaurando de omni dāno, ex quo tùnc generalitèr fieri, & non fieri debet excompotum, maximè intercedente iuramento, per ea, quæ probat *Mantica loco cit. a num.* 16. *ad* 22. casus vero insoliti, & qui de raro accidunt an censeantur inclusi in generali renunciatione casus fortuiti, & omni legum auxilio, vide apud *Mant. loco cit.* vbi habes quomodo in specie sit facienda talis renūciatio, vide *Mang. de subhast. q.* 139.

q.139. & erit primus caſus ſymbolus intèr locatorem, & conductorem in materia contingenti, quoad remedium reiniſſionis mercedis.

Secundus caſus erit, nàm ſicuti locatori competit actio ex conducto contrà eonductorem ad mercedem conſequendam, adueniente tempore, *l. ſi in lege §. ſi domus ff. loc.* ſic etiàm econtrà competit actio ex conducto conductori contra locatorem, vt re conducta frui liceat, nempè vt non prohibeatur ab eodem locatore ſecundo, ab eo, quem locator prohibere poterat, vel ſi prohibeatur ab eo, quem locator prohibere non poterat, vt quia locauerat domum alienam ſcientèr, quo caſu venit totale intereſſe conductori *d. l. ſi in lege §. colonus, & §. itèm vtilitèr, & l. ſi fundus §. fin. & d. l. ex conducto in princ. ff. loc.*

33 Tertius eſt caſus ſymbolus intèr locatorem, & conductorem in materia, de qua agimus: nàm quemadmodum locatori competit actio locati contra conductorem ad eſtimationem damni dati, vel deteriorationis rei locatæ *l. non ſolum ff. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contrah. iuxtà text. in l. ſi vulneraueris ff. locat. & in l. in Iudicio C. cod.* ſic etiàm, econtrà, competit actio ex conducto cōductori contrà locatorem, vt reficiat rem locatam, qua aliàs vti non poteſt; ex quo pars domus, vel eius tectum, fracta, fractumuè ſit *d. l. ex conducto l. ſed edes §. dolia ff. loc.*

34 Quartus eſt caſus ſymbolus intèr locatorem, & conductorem, vt quemadmodum locatori competit actio ex locato contrà conductorem ad obſeruantiā contractus, vel ea, quæ veniunt de natura contractus, vt *in l. ſi merces §. conductor ff. eod.* ſic etiàm, econtra, competit actio conductori ex conducto contra locatorem ad obſeruantiam contractus, aliàs ad intereſſe, ſi contingerit expelli, per diſpoſitionem *l. ade C. loc. & l. ſi fundus §. fin. ff. loc.*

35 Quintus eſt caſus ſymbolus intèr locatorem, & conductorem, vt quemadmodum competat locatori actio ex locato contrà conductorem ad reſtitutionem rei conductæ, poſt finitum tempus conductionis, *Caroc. de loc. parte 6. quaſt. 1. ſub num. 5.* ſic etiàm, econtrà, competit conductori actio ex conducto contra locatorem ad recuperandas expenſas factas in re conducta *l. dominus §. 1. ff. eod.* pro quibus datur etiàm retentio *Ricc. collect. 1007. Giurba deciſ. 64. nu. 9. et 10.*

36 Sextus eſt caſus ſymbolus inter locatorem, & conductorem, vt quemadmodum locator agere poſſit ex locato contra conductorem pro damno dato à famulis, vel familia conductoris in re locata, *l. videmus in princ. ff. loc.*, ſic econtrà, competit actio ex conducto conductori contra locatorem, vt pro fructibus furatis ipſe agat actione furtiua ſibi competenti tanquàm domino cōtrà furantes *l. cum plures §. mercem ff. locat.*

37 Septimus eſt caſus ſymbolus intèr locatorem, & conductorem, quod ſicuti mandatum de manutenendo datur locatori, & domino, quia ipſe poſſidet, & non conductor *Vin. deciſ. 223. num. 3. lib. 2.* Ideo non datur ei manutentio cōtrà locatorem, ſed datur ipſi locatori contrà conductorem *Boccac. de interd. vti poſſid. cap. 2. num. 48. Caual. d. ciſ. 171. num. 1. et ſeq.* ſic etiam mandatum de manutenendo competit conductori in ſua detentione aduerſus locatorem, et tertium: licèt nullo modo poſſideat, ſed tantumodo, quia concurrit iuſta cauſa detinendi *Menoch. de retin. poſſeſſ. remed. 3. num. 602. Ricc. collect. 2850. verſ. ego autem Gizzarell. deciſ. 83. num. 4.* vbi *Baldaſſar de Angelis in addit. num. 1.*, dicentes colonum poſſe implorare officium Iudicis nobile ad finem manutenendi, et non moleſtandi, nouiſſimè *Poſt. de manut. obſeruat. 52. ſub num. 19. et deciſ. 495. num. 7.* licet ei non competat remedium vnde vi, et *l. extat ff. quod met. cauſa*, ſecundum ea, quæ notat *Caroc. loco cit. remed. 8. et quaſt. 2. vbi num. 7.* dicit ſemper tutius eſſe eligere viam Iudicis, vt locator poſſit claudere oſtium, et expellere conductorem non ſoluentem, quicquid dicat *Ripoll. d. cap. 12. num. 79.* pro vt nec poſſit locator capere res inuectas in domum conductam iure pignoris propria authoritate *Fontanella de pact. nupt. clauſ. 4. gl. 15. num. 67.* vide quæ diximus *in tract. de aſſiſt. quæſt. 1. num. 46.*

38 Octauus eſt caſus ſymbolus intèr loca-

cato-

Digitized by Google

catorem, & conductorem, quod sicut locator tenetur interdicto quod *vi, aut clàm*, si conductor, sciente ipso, opus præiudiciale faciat, iuxtà *text. in l. si colonus in fine ff. de aqua pluuia arcend.* sic econtrà, conductor tenetur per idem interdictum ad omnia damna, & expensas, & interesse domino predij Vicini, quando, ignorante locatore, aliquid in præiudicium prædij vicini attentauerit *l. quanquam §. fin. ff. de aq. plu. arcend.*

39 Nonus est casus symbolus intèr locatorem, & conductorem, nàm quemadmodùm locator non tenetur stare locationi ob pacta non seruata, iuxtà *text. in l. fin. C. de condict. ob causam*, maximè accedente iuramento, vel clausula æquipollenti *Alex. conf. 37. vol. 3. & conf. 51. col. 1. vol. 3. Ias. conf. 4. col. 2. lib. 3. Corset. de Priuil. Iuram. priuil. 4. Rol. conf. 69. num. 35 vol. 4.*, sic etiàm conductor non tenetur stare conductioni ob pacta non seruata per locatorem *Soccin. conf. 162. num. 22.*

40 Decimus est casus symbolus intèr locatorem, & conductorem, vt quemadmodum locator minor restituatur in integrum aduersus conductorem, qui rem conductam alteri potentiori relocauerit, ex quo de facili dubitare posset ne pensionem consequi valeat *Abb. in cap. peruenit in fine de arbitr. Crauetta conf. 192. sub nu. 4. Sforza oddus de restit. in integr. parte 1 quæst. 4. art. 5. num. 35. Roman. conf. 423. num. 3. Bart. conf. 63. Fulg. conf. 7.*, sic etiam minor conductor si conduxerit à viro potenti, vt dubitari possit, ne quotannis rei locatæ percipere valeat, *Caroc. remed. 24. tit. de rest. in integr. num. 2.*, quod ampliat etiàm contra fiscum per *text.*, quem extollit *in l. in fraudem §. fin. ff. de iure fisci*, & dicemus infra.

41 Vndecimus est casus symbolus intèr locatorem, & conductorem, vt quemadmodum locator agit contra eum, qui opus faciendum conduxit, vt faciat, & si fecit de operis vitio teneatur, scilicet si opus perficiendum conduxerit, non vero si operas diarias *d. l. ex l. §. locaui ff. locat.*, & iuxtà *text. in l. omnes in princ. ff. de oper. public.*, qui loquitur in operibus publicis, de quibus qui edificat, eiusque hæres vsque in quindecimum annum ab opere perfecto tenetur de vitio resarciendo, si quod in opere, ratione edificij, acciderit, & secundum pandectas florentinas, opus donèc approbetur conductoris periculo est, quod verò ità conductum est, vt in pedes, mensurasuè præstetur, eatenus conductoris periculum est, quatenùs admensum non sit, & in vtraque causa nociturum locatori, si per eum steterit quominus opus approbetur, vel admetietur, si tamèn vi maiori opus priùs interierit, quàm approbatur, locatoris periculum est, nisi aliud actum sit *Petrus Gregor. Thol. syntagm. iur. ciuil. vniuers. d. lib. 27. cap. 1. num. 29.* qui refert legem *Plut. circa* hoc symbolum.

42 Duodecimus est casus symbolus intèr locatorem, & conductorem in materia exercitoriæ actionis, vt *in l. 1. §. magistri, §. non autem §. igitur ff. de exerc. act.*, in qua dubitari contingit, an simul, & semel conductor possit esse, & locator, vt puta, an Nauis ad vehendum sit conducta, an verò merces vehendæ sint locatæ, vide quod est pulchrum symbolum, in quo agi potest præscriptis verbis: cùm diuerso respectu idem sit locator, & conductor *Thol. loco cit.*

43 Decimus tertius est casus symbolus intèr locatorem, & conductorem, quod sicuti ignominium est conductoris retinere mercedem locatoris, sic etiàm ecōtra, quemadmodum retinere stipendia laboris alicuius non tantum ad iacturā pecuniæ laborantis pertinere, quantum ad ignominiam eiusdem aliquando videtur. Teste enim noxio æredirutì appellabantur milites, quibus propter ignominiam stipendium, hoc est merces menstrualis, vel annua, quæ consisteret in nummis æreis substrahebatur, *Varro de vitijs Populi Romani* 2. stipendiū appellabatur quod æs militi semestre, aut annuum dabatur, cui damnum esset propter ignominiam æredirutus esset, æredirutum militem ab antiquis tradidit *Fastus*, dictum, cui ignominiæ causæ stipendium non esset datum, *Theodoricus Gotus Rex* dicere solebat mutari certè non debet, quod laborantibus datur, sed à quo fidelis actus exigitur compēsatio imminuta præstetur *lib. 1. epist. var. lib.*

lib. Cassiod. epit. 10., Theod., Boerio adnotauit Tholos. loco cit. in fine.

44 Decimus quartus est casus symbolus intèr locatorem, & conductorem in exigendis pœnis conuentionalibus intèr ipsos, vt quemadmodum locator possit à conductore exigere pœnam tanquā inobseruante, sic etiàm econtra, conductor à locatore, & quomodo exigatur, vide *Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 3. casu 260. Bursat. cons. 2. num. 8. vol. 1.*

45 Decimus quintus est casus symbolus intèr locatorem, & conductorem, vt quando inter cos ex incertitudine loci, & temporis, in ea incertitudine pensionis non certificatæ oritur dissentio, recurrendum est ad arbitrium boni viri, nempè Iudicis, *Cynus in l. in cui in fine C. loc. Practica Papiens. in forma libelli ad facti præstationem in verbo florenos in princ. Menoch. de arbitr. casu 221.*, quod quidem arbitrium debet regulari secundum solitum in similibus fieri, & secundum communitèr locatur in vicinis locis: licet detrimentum sit magnū, quia fit proportio, & æqualitas ad proportionem pensionis *Andr. de Isern. in cap. 1. §. quia tamèn de contr. intèr mascul. & famin.*, qui dicit quod non est bona exceptio dicere, appatet per instrumentum de locatione, puta totius tenimenti, ergo totum tenimentum est locatum, quia poterit replicari parui refert de locatione pregnanti totius fundi, vel tenimenti, si pensio non æqualetur, sit res penitus modica, quia ad eam debet fieri æqualitas, & propoi tio iuxtà bonum symbolum.

46 Decimus septimus est casus symbolus intèr locatorem, & conductorem, quod si fundus non colatur possit alteri locari ex aliquo pacto in damnum primi conductoris, quod si locauerit plus, debetur illud plus ratione symboli primo conductori proptèr æqualitatem cōmodi, & incommodi *l. secundum naturam ff. de reg. iur. §. illud instit. pro socio*, ex illa regula, qui sentit commodum debet sentire incommodum.

47 Decimus octauus est casus symbolus in materia, de qua agimus intèr locatorem, & conductorem, quod sicuti medicus agit contra egrum, vt sibi soluat mercedem debitam in eum curando *l. 1. ff. de var. & extraord. cognit.* & facit id, quod refertur apud *Bont.* vbi Mercurius à Charina interrogatus, quod genus humanum liberius viueret, Medici, respondit, quibus permissum est hominem impune occidere, & mercedem recipere, medicus enim dicitur, ex quo in certa parte corporis medeatur *d. l. 1.* non vero à merda, vt insulsè dicere solebat *Cafora Peregr. quæst. lib. 1. quæst. 6. num. 14.* consequitur salarium etiam ab inuito, ratione beneficij necessarij, vt elegantèr probat *Caroc. tit. de Medico qu. 2.* vbi in fine posuit, quatuor fallentias *in l. inuito ff. de reg. iur. & l. fin. C. de negot. gest.* maximè in Medico forense, vel non compatrioto, de quo compatriotæ magis confidunt, quàm de medicis concinibus, & si sciant, quòd sepè noceant non sibi, sed infirmis, & aliquando, ex quo tarde venerunt ad inuisendū egrotum, vel quia mori patientem, vel quia non minus Asini conqueruntur consulte de Medicis Doctis, & expertis terrezanis, vt ipsis inordinata crescat opinio, de conciuibus mala opinio, et Deus scit quomodo hoc agunt, ipsi videant, sufficit quod eorum peculium sit quasi Castrense. Sic etiàm, et econtra potest egrotus compellere Medicum, vt sibi soluta mercede, iterùm curet eum, si statim reincidat in eandem infirmitatem, vel eundem morbum, vt ex longa Doct: remissione concludit *Caroc. loco cit. quæst. 9. per totam.*

48 Decimus nonus est casus symbolus intèr locatorem, & conductorem, vt quemadmodum possit locator moram purgare, sic etiàm et conductor *l. si in lege §. colonus vers. quod si pater ff. locat. l. si Insulam, & l. si post tres ff. si quis caut. cap. post in fine eod. tit.* ratio est, quia purgatio moræ fundatur in æquitate, et bona fide *l. si seruus seruum § seq. ff. de verb. obligat.*, quæ in contractu locationis, et conductionis abundantèr exuberat: dūmodo purgetur infrà modicum tempus, et paucos dies, ratione obligationis non dùm natæ ex hoc sic paueo tempore, quod arbitrarium Iudicis, testantur *Gl. in cap. potuit de loc. Menoch. de arbitr. Iudic. cent. 1. casu 7. num. 13. Gram. cons. ciuil. 29. num.*

num.2.& 107.num.7. Seraph.de priuil.iuram.priuil.38. num.11. Ant. Gabr.de transact. concl.1.num. 17. Viu.com. opin. lib.1. opin.119.Clar.in §. emphyth.quaest.8. vers. fin. Rodoan.de reb. Eccles. non alien. quaest. 24.vers.sed quod emph. num.16. Corb.de iure emphyth.limit.41.nu.21., quod quidem Iudicis arbitrium plures recipit declarationes,secundum Caroc. in verbo de mora folio meo 200., quem ad propositũ vide : cum non sit nostrum alienam materiam, quàm symbolam pertractare.

49 Vigesimus est casus symbolus intèr locatorem, & conductorem, vt quemadmodum minori locanti cõpetat restitutio in integrum ob locationem factã homini potentiori, à quo verisimilitèr non poteret minor exigere pensionem: Imo nec rem locatam recuperare, vt nouissimè probauit D. Hieronymus Calà de restit.in integr.minor.non compet.quaest. 5.in fine, sic etiam minori conductori competit restitutio in integrum aduersus conductionem à se factam Sforza Oddus Perusinus de restit.in integr.parte

50 2.q.56.art.6.sub num.34. & 35., quod ampliat sub num. 36., vt talis restitutio habeat etiam locum in non facta protestatione conductoribus, quod ipse non intendebat stare amplius locationi.

ARGVMENTVM.

Exceptiones an sint symbolæ inter Locatorem,& conductorem.

SVMMARIVM.

1 *Conductor molestatus à locatore in prohibito tempore, potest excipere de nullitate conuentionis.*

2 *Merces debita ratione alimenti petitur omni tempore.*

3 *Salarium debitũ pro alimentis quo fruatur priuilegio.*

4 *Operarius accusatus à domino territorij excusatur, & quarela dirigitur contra conductorem, qui debet statim in se suscipere onus quarela num. 5.*

Declaratur primo, nisi ei fuerit facta protestatio num. 6.

Declaratur secundo, quando probabilitèr sciuisset, vel scire potuisset, fundum non pertinere ad conducentem num. 7.

Declaratur tertio, si operarij conuincantur de proprio delicto num. 8.

Declaratur quarto, nisi vtilitatem percepissent operarij num. 9.

10 *Falsa assertio vitiat locationem.*

11 *Subhastatio facta sub falsa assertione non tenet.*

12 *Error in subhastatione an noceat.*

13 *Error in persona an vitiet contractum.*

14 *Locatio an valeat pro minori summa, & si non valeat pro maiori.*

15 *Locatio quando sit vaga, & erronea.*

16 *Salary pensionis remissio an remitti possit arbitrio tertij.*

17 *Locatio facta per iram, vel per calorem licitantis non valet: nisi sedata iracundia, intercedat perseuerantia num. 18.*

Et quod requiratur mentis alienatio num. 19.

20 *Locatio vel conductio facta per metum est nulla.*

21 *Colonus exactus per vim quando liberatur.*

22 *Compensatio quomodo consideratur in locatione, & conductione, & num. 23. 24.25.26.27.28.29. & 30.*

31 *Symbola exceptio inter locatorem, & conductorem est retentio.*

32 *Nullitas contractus est exceptio symbola intèr locatorem, & conductorem.*

33 *Ratificatio contractus est exceptio symbola intèr locatorem, & conductorem vide num.34. & 35.*

36 *Dolus,lata,& lauis culpa sũt exceptiones symbolę intèr locatorem, & conductorem & num.37.38. & 39.*

40 *Medicus tripliciter peccare potest in sua arte, & quomodo num. 41. 42. 43. & laudatur* D.Ioãnes Dominicus de Vinealibus à Murgantia, *& quare.*

44 *Boni aduocati sunt semper eligendi.*

45 *Medicus absque mercede adhibitus an teneatur de culpa.*

46 *Inobseruantia contractus est exceptio symbola intèr locatorem, & conductorem.*

47 *Locator tradens conductori rem aquè idoneam liberatur ab exceptione in obseruantia contractus.*

48 *Exceptio adimplementi non sequuti nūquam præscribitur, & num. 49.*

50 *Exceptiones de apicibus iuris opponi nō possunt intèr locatorem, & conductorem.*

CAP. X.

Contingit sæpissimè in materia locati, & conducti, vt vnus ab altero indebitè molestetur, ideo nōn immerito, & inconsideratè statuerunt leges exceptiones competentes alterutri pro defen-
1 sione, quam quilibet habet in causa, & consequentèr, si conductor sit in tempore prohibito molestatus à locatore, poterit bene contrà eum excipere de incompetenti, puta die feriali ad honorem Dei, vel hominis à statuto, vel consuetudine introducto *Lapus in clemēt. 1. in verbo necessitatem de verb. sign.* quod intellige de salario, quod patitur dilationem aliquam, non vero de eo, quod nullam patitur moram, prout quando
2 operarij non habent vnde se alent, nisi sibi ipsis soluatur salarium, quia tùnc celerem optant solutionem, ferijs non obstantibus, iuxtà illud *non retardabis mercedem operarij vsque mane Deuth. 24. & Matth. 20. voca operarios, & redde singulis mercedem suam Bonac. de fam. quæst. 222. Alex. in l. 1. num. 5. ff. de ferijs*, causa enim alimentorum excusationem feriarum non admittit *l. 2. ff. de fer. Caroc. de loc. tit. de fer. except. 1. num. 3. & 4.*
3 Est adeo priuilegiatum stipendium, siuè salarium, quod pro victu debetur, quod non solum aliquā nō patitur dilationem, sed quod magis in eo non fiet executio, nisi in subsidium, deficientibus alijs bonis, pro vt probatur per *text. in l. commodis vbi com. Doct. de re Iudic. & in l. stipendia C. de exec. rei Iudic.*, & tùnc in Milite, Beneficiario, Doctore legente, & Feudatario debet fieri executio intrà necessitatem sui victus, iuxtà modum traditum à *D. Carl. disput. Iur. lib. 1. art. 3. disput. 18. à num. 2. ad finem.*
4 Secunda erit exceptio competens operario conducto in alieno territorio ad laborandum, quia accusatus à domino territorij excusatur, & querela dirigitur contra conducentem *gl. in l. in rem § signum ff. de reiuendic. Albert. in l. si id quod ff. de Iurisd. omn. Iudic. Ias. in l. de pupillo. § nunciatio nu. 7. ff. de nou. oper. nunc. Felin. cons. 23. col. fin. vers. secundo loco, & in cons. 24. Rol. à Valle in cons. 54. num. 6. lib. 1. Soc. cons. 54. num. 23. vol. 4. Boss. de manda'o ad homicidium num. 12. Zaf. in praxi crim. cap. 10. num. 36. Clar. pract. quæst. §. fin. quæst. 10. vers. solet dubitari, Vrsill. ad Aff. ict. decis. 217. Vincenz. de Anna sing. 524. Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 4. casu 354. num. 39.*, adeo quod si de facto accusentur, vel de damno dato, vel de turbata possessione, vel de termino moto, vel de finibus regendis, vel arboribus cæsis, vel alitèr quouis
5 modo, facta iustificatione, quod sint conducti, excusantur, & dominus conducens debet suscipere Iudicium in se, quod adeo est verum, vt tales operarij non teneantur perquirere, nec esse curiosi, quis nàm possideat *Bald. in cons. 144. Magon. decis. Flor. 150. num. 9.*
6 Declaratur primo suprapositа exceptio, nisi eis facta fuisset protestatio, denunciatio, præceptum, vel inhibitio, quibus non obstantibus, prosequuti sūt operam, tùnc dubio procul non excusarentur, sed omninò puniendi *Ang. in auth. omn. obed. Ind. col. 3. & in d. §. signum, Dec. in l. Velle non creditur num. 9. ff. de reg. iur. Ripa in cap. decernimus n. 42. de iudic. Menoch. loco cit. num. 41.* sequitur post alios *Caroc. loco cit. except. 2. vers. limitatur 1. Anna d. sing. 524.*, quæ protestatio debet esse Iudicialis, nec sufficiet extra iudicialis *Socc. in cons. 54. num. 3. lib. 4. Magon. decis. flor. 150. num. 22. Vin. decis. 520.*
7 Declaratur secundo, quando operarij conducti probabilitèr sciuissent, vel scire potuissent fundum non pertinere ad conducentem, quia tùnc tales operarij tenerentur de turbata possessione, ac de damno dato, nèc excusarentur per nominationem, & contrà eos iuratur in litem

tem *Alex. conf.* 36. *vol.* 1. *Pract. Papienf. in forma lib. de turb. possess. in verbo animo, & intentione num.* 3. *vers. ex quibus solet, Ripa d. cap. decernimus lim.* 3. *num.* 40. *de Iudic. Gandin. de Malef. col.* 18. *vers. pone quod ego, Menoch. de retin. possess. remed.* 3. *q.* 50. *num.* 314. *& q.* 76. *vers. quarta causa num.* 630. *Bald. decis.* 91. *cent.* 1., & vicinitas non noua, & publica vox, & fama, & similia arguunt veram præsumptionem scientiæ *Ludouic. decis. Perus.* 103. *parte* 2. dummodo legitimè probetur in actis *Menoch. de retin. possess. remed.* 3. *num.* 618. *Alex. conf.* 87. *num.* 11. *lib.* 3.

8 Declaratur tertio si operarij conuincantur de proprio delicto, vel quia excesserunt fines mandati, vel scientèr pergere voluerunt, vel de nocte contrà morem operariorum operauerint, vel armati ad locum accesserint, etiàm comptempturi, accedente euastione *Polyd. Ripa de noct. tempore cap.* 41. *num.* 5. *& seq.* vel incidendo non incidenda, vel omittendo facienda *Plot. de in lit. Iur.* §. 49. *limit.* 5. *Alex. conf.* 36. *vol.* 1. *Afflict. decis.* 213. *Costa de Iur. & fact. ignor. dict.* 27. *num.* 5., *qui num.* 6. turbare asserit, quem dici ex *Bursat. conf.* 404. *num.* 6. *cum seq. vol.* 4. *Mascard. de Probat. concl.* 1390. *vol.* 3. *Bart. conf.* 112. *Alba conf.* 560. *vol.* 3. *Simon de Petr. conf.* 195. *Magon. decis. Luc.* 54. *asserit.*

9 Declaratur quarto nisi vtilitatem percepissent operarij, nempè pasculando, secundum *Castrens. conf.* 474., vbi nec bona fides, nec mandatum, nec licentia, nec nominatio in hoc tanquàm participantes in delicto excusarent, *Caroc. loco cit. sub num.* 3. qui in fine ponit praxim in hoc: nempè, vt accusatus habeat terminum ad denunciandum domino, & ad se instruendum de defensionibus *Bart. in auth. qua in Prouincia C. ubi de crimine agi oportet, Bertacch. in uerbo laborator num.* 5., & denuncians probare debet bona illa esse à se possessa *Magon. ubi supra.*

10 Tertia est symbola exceptio intèr locatorem, & conductorem, si opponeretur falsa assertio, vel claudicatio: cùm contractus nullatenus claudicare debeat, *l. litigatores* §. *pen. & fin. ff. de arbitr.* §. *proximos auth. de non elig. secund. nub.* vnde si licitator in affictu redditum publicorum, vel priuatorum, affirmet plus sibi dari, quàm re vera debetur, vt ità alliciat alios emptores, vt plus dent, vel offerant, plus offerentes non tenentur ad illud plus, quod obtulerunt, vel promiserunt ex falsa assertione sibi ipsis facta minoris mentiti prætij: Imo subhastans scientèr hoc faciens tenetur pæna stellionatus *l.* 3. §. *si quis imposturam ubi Bart. ff. de crim. stellion. Ioan. Guttierez. de Gabellis quæst.* 147. *num.* 2. 3. *&* 4., qui di-

11 cit, quod si subhastans sciens affirmet plus sibi dari, vel offerri, quàm re vera sit, vel supposuit tertium, qui periculo subhastantis id faceret, eundem subhastantem affirmat teneri ad restitutionem falsi pretij in vtroque foro decepto, & per cōdictionem indebiti illud repetere potest, quatenùs fuerit iàm solutum, & si non solutum excipere poterit, vt sibi tantundèm de toto pretio tollatur, ac deducatur, ità quod ad residuum veri pretij soluendum non teneatur, & insuper huiusmodi deceptorem puniri pæna

12 stellionatus Iudicis arbitrio. Sed si per errorem subhastantis fuerit affirmatum plus pretij dari vel offerri, quod re vera dabatur, vel offerabatur à primo conductore, & alij super illo toto pretio plùs licitauerint, vel obtulerint nullum crimen impingi potest ità asserentibus: tamèn in hoc casu sicut in primo condictio indebiti competit pro falso pretio, sic per errorem, vero pretio superaddito, quia damnum factum fuit plus offerentibus inscijs illius falsitatis, quibus error calculi sistere non debet, sed veritati standum *l.* 1. *in princ. C. de iure calculi*, quod extenditur etiam, si offerentes postea ex futuro euenctu damnū patiuntur parum, sed commodum, quod magis sentiant, quoniàm adhùc error falsi pretij sibi nocere non debet.

13 Cæterùm, ex quo incidimus in exceptionem facti per errorem, sciendum est, quod error in qualitate personæ conductoris non vitiat contractum locationis, & conductionis *l. si ignorans ubi Castr. ff. loc.* vndè si in aliquo loco staret statutum, quod tales, & tales personæ conducere non possint in tali loco, si quis

ignorans qualitatem personæ locauerit contrà legem, excusatur, ità, vt locatio subsistat, & ad pensionem agi poterit, etiam si bandito locauerit, quem talem esse ignorabat: si scilicet intercesserit ignorantia iusta, & probabilis *l. si quis Patrem ff. ad Maced. l. Titius ff. de fideicom.* aliàs non excusaretur contrahens *l. qui non alio ff. de reg. iur. Ruin. conf.* 184. *num.* 3. *& 9. vol. 2. Costa de iur., & fact. ignor. inspect.* 85. *per tot.*

14 Sic etiàm si error committatur intèr locatorem, & conductorem: nempè si discordia intèr eos eueniat, vnus dicens intellexisse de decem, alius de quinque, confunditur locatio, ratio est, quia quocumque modo diceretur contractus valet, remaneret alter deceptus, quia locator dicet intellexi de decem, non de quinque: conductor vero econtrà, non obstante, quod minor summa inest maiori *l. in eo ff. de reg. iur.*, quia tùnc nèc pro quantitate minori valeret locatio, secundum *Bart. in l. 1. §. si stipulanti ff. verb. obligat.*, quia in contractu onerosó minor summa non inest maiori: nisi locator hoc declararet, in cuius damnum fit optio, vt probat *gl. in d. l. decem* supplendo verba *text. nihil agit*, prout etiā si conductor steterit dicto locatoris asserentis maiorem summam *Caroc. loco cit. num.* 10. *ad* 13.

15 Sic etiam quando merces confertur generalitèr alicuius arbitrio, alitèr non declarata persona, nec quantitate, locatio sit vaga, & erronea *l. si merces ff. loc.* ratione facilis discordiæ in eligendo *l. item si vnus ff. de arbitr.* ideo talis contractus non valet *Alciat. in l. 2. §. eadem num.* 22. *ff. de verb. oblig.* tamèn quando super contractu principali esset facta ista generalis reseruatio, & contractus esset validus, tanquam pars illius validi contractus subsistet remissio, siuè reseruatio isthæc, tanquàm pars contractus validi præcedentis, prout notabilitèr adnotarunt *Bart. Alex. & cæteri in l. si fundus §. fin. ff. de pignorib. Bald. in cap. 1. de feud. dat. in vit.*, ex qua singularitate testatur *Caroc. loco cit. sub num.* 16. se vidisse in facto casum symbolum: nàm mutuauerat vnus alteri centum cum pacto, quod nisi restituerit infrà tale tempus concedebatur creditori mutuanti apotheca, iuxtà extimationem faciendā per duos homines communitèr eligendos, nec aliquo modo personæ eligendæ fuerunt specificatæ, fuit oppositum de electione incerta tanquàm nulla, fuit replicatum in casu isto venditionem esse partem alterius contractus validi præcedentis, qui secundum *Bart. loco cit.* valet, & ità Iudicatum.

16 Hinc etiàm notandum est, quod remissio pensionis salarij, vel mercedis nō potest remitti ad arbitrium vnius ex cōtrahentibus *l. quod sæpe §. 1. ff. de contrah. empt.* prout ex illo textu symbolam sententiam profitetur *Roman. conf.* 257. in materia locati, & conducti *Marsil. de probat. num.* 386. *Firmianus in verbo incertitudo vers. 9. Castrens. in l. cui vendentis num. 2. C. de contrah. empt.*, & proindè in casu *Romani*, Marescalcus ille, qui remisit mercedem suam in dominum equi dati ad curandum, luguit eius laborem: cùm nullitèr locauerat operas suas, sed non per hoc locupleabitur dominus equi cùm aliena iactura, cùm sibi restituitur equs, nulla soluta mercede, vndè de æquitate aliquid soluendum erit laboranti *Alex. & Socc. in l. 1. ff. solut. matr. in l. ità stipulatus ff. de verb. obligat. Afflict. decis.* 337.

17 Quarta erit symbola exceptio, si locatio fiat per iram, vel per calorem licitantis *l. quicquid calore iracundiæ, vbi gl. ff. de reg. iur.*, vbi quod omnis actus calore iracundiæ factus irritus, & nullus est *l. 3. & ibi gl. ff. de diuor. & in cap. diuortium vbi similitèr gl. de penit. dist. 1. l. si filiam tuam C. de inoff. testam. Farin. in praxi crim. de pœnis temp. lib. 3. quæst. 9. num.* 18. *&* 19., quod ampliat *sub num.* 1. etiàm ad contractus ad pias causas, & in materia locati, & conducti est *text. in l. licitatio in princ. ff. de publ. Sforza de rest. in integr. parte 1. quæst. 11. art. 15. in fine, Roman. sing.* 514. *Mang. de subh. quæst.* 152. *in princ.*

18 Declaratur primo, vt non procedat, quando succedit perseuerantia, sedata iracundia, quæ arguit animi iudicium *d. l. quicquid calore & d. l. licitatio*, si post calorem fideiussores inuenisset, & præstitisset *Farinac. d. quæst. 9. num. 37. Caroc.* in

in tit.de locat.per iram num. 4. , qui dicit quod multi mouentur impetu iræ ad aliquid offerendum, vel promittendum, postea vero cum aliquid implendu n est pro executione actus, quasi frigescunt prouidendo necessaria recurritur ad actum ipsum *gl. in cap.si quis iratus* 11. *q.* 3. *Boer.d:cis.*168. *Felin.in cap. Mathei de simonia*, *& in cap.sicut de iure iurando* offerunt impetu multoties hom nes maria, & montes, & post in temperantia frigescunt, & se penitent prout de eo, qui hilari animo ex conuiuio aucto, promisit de mane omnes maris aquas mensurare, & pro arra obtulit annulum arreum, mane facto, sedata vini hilaritate, aspexit manum suam absque annulo, inquiens, quis namque obtulit annulum, recordatus fuit quod sero præcedenti sub mensua aquæ maritimæ præbuit in arram ratione scommissæ iàm factæ, obstupescit de tanta impossibili iactantia, & quid faceret ne annulum ammitteret, & pacta seruaret, consilium quæsiuit: vnde ab amico patrocinium habuit, vt is, qui ob fidem, & pactum non seruatum artam acquireret compellaretur ora fluminum obturare, ad finē, vt aquæ maris certò mensurentur, & sic euasit infelix incolumis ab errore, quē fecerat.

19 Declaratur secundo, vt hæc exceptio, procedat in iracundia, quæ niminm irantem alterasset, vt mentis alienationem induceret, secus si aliqualitèr quis concitetur, tùnc omnino obligatio est valida *Doct. communitèr in cap. dudum, per illum text.de conuers. coniug. Dec.in d. l. quicquid calore num.*1. *vbi cogn. num.*4. *per text. in cap. qui ap s* 17.*q.*4. *Felin.in cap.dilect. filij col.fin. de except.in cap.sicut de iure iur. Boner. de iur. iur. priuil.* 78. *num.*144. *Ducn.reg.*292. *lib.* 2. *late Farinac.d.quæst.*9.*num.*21.*&* 40. *& seq. Mangil.d.quæst.* 152. *num.* 4. cæterum totum præsidium in hoc vertitur in probando iram, quæ in totum à mente alienet, de qua vide *Suarez. alleg.* 1. *sub num.*17.

20 Quinta erit symbola exceptio si locatio, vel conductio fuerit facta per metum, quia quod metus causa gestum est, rarum non habeo, ait prætor *in l.* 1. *ff. quod met. caus.* & nihil magis consensui contrarium est, quàm metus *Felin.cons.* 50. *num.*17. cùm igitur locatio consensu perficiatur *l.* 1. *ff. loc.* marito per metum facti non valebit, dicti *Caroc. in tit. de loc. per met.q.* 2. *in princ.* quod procedit non tantum in locatione facta per metum, sed etiàm in recessu, siuè distractu ab ea, nempè si quis metu coactus fuerit recedere à locatione iàm facta: nàm tunc competeret sibi actio, quod metus causa, vt reponatur in pristinam locationem *l.si Mulier §.si metu ff. de eo,quod me:caus.Sebast.Medic.in tract.de casib.fortuit.parte* 1.*q.*7. *num.*41., non ipso iure, sed ope rescissionis *Bart.in tract. scismat. q.*6. cùm alijs allegatis per *Caroc. loco cit. num.*3. *qui sub num.*4. dicit, posse rescindi, per hoc contractum intèr medicum, & infirmum.

21 Sexta erit symbola exceptio, nàm si colonus per vim exigatur, facta denunciatione, excusabitur, secùs si soluerit absque denunciatione *Ruin. in cons.*147. *num.*12.*lib.*1. *Ant.Gabr.de solut.concl.*11. *num.* 47., sic etiàm si locator per vim relaxet mercedem, cum ad imparia non sint diudicandi.

22 Septima erit symbola exceptio intèr locatorem, & conductorem compensationis *Ias.in §.bonæ fidei num.*83. *Mising. num.*33. *Petr.num.*7. *de act.Spec.in tit. de loc. §. nùnc aliqua num.*83. *Cig de Pens.q.* 92.*num.*7.*Medices de compensat. q.*22.*p.*1. etiàm si agatur de peculio castrensi, vel quasi *l.*3. *§.parte* 1.*de compensat.l.fruct.§. idem l.si societ.ff. pro socio* etiā si sint opera cùm quantitate debita compensantur *l.fit.C.de script.Alex.ad l.prin.*5. *§.sed & si ff.de ord. & extraord. cogn.* adeo quod, allegata compensatione, conductor expelli non possit ratione solutionis iàm factæ per compensationem: cùm qui compensat soluere dicatur *Abb. in cap. bona fides num.*11.*de depos.Alber.in l. non aliter ff.de compensat. Angel.in l.semel vna ff.soluta matr. Alex. cons.* 12. *sub num.* 5. *Gozad. cons.*69. *Rol.cons.*82. *num.*26. *in l.*1.*Medic.loco cit.num.*3. & hoc pro limitatione *l.ade C.locat. comprobat Caroc.loco cit. num.*3.

23 Modificatur modo primo suprapositum septimam exceptionē in debito iurato *Math. nat.*54. *Vin.lib.*1. *com.opin.*43. Ema-

Digitized by Google

*Emanuel Suarez in suo Thes. recept. sent. lit.C.nu.*151.*Afflict. decis.*163. *Ant. Gabr. de iure iurando concl.*7. *Medices de compensat.parte* 1.*q.*35. *Seraph. de priuil. iur. priuil.* 84. *num.* 128. etiam si vellet debitor compensare in partem *Gozad. cons.*69. *num.*8. ex quo iuramentum non recipit diuisionem *Cetta in memor. in verbo iuramentum*, etiam si debitor maxima difficultate versaretur in habendo pecuniam *Seraph. priuil.*43. *num.*17.

24 Declaratur vlterius, vt quemadmodum fieri potest compensatio, sic etiã & retentiò, imò fauorabiliùs *Ant. Gabr. de iure iur.lim.*1.*num.*2.*Seraph. in cit.loco num.*144.sequitur *Caroc.loco cit. sub num.* 9. Puteus in vna *Bon. locat. decis.*292. *parte* 2.*Borg.decis.*9.*num.*11.*& decis.*35. *num.*14.*Imola in l.Iub mus num.* 14.*ff. de condit.indeb.Anch. Reg.parte* 1.*q.*2.

25 Declaratur etiàm in hærede iurantis, qui etiàm tenetur ad obseruantiam iuramenti per defunctum præstiti *Afflict. decis.*381.*Rol.à Valle cons.*13.*num.*15.*vol.* 1.*Borg.decis.*9.*num.* 11., ex quo iuramentum quoad eius obseruantiam benè trãsit ad hæredem, secùs quoad reatum periurij *Gabr.de iure iur.concl.*7. diximus in nostro tract. *de hered. oct. lib.* *q. num.*

26 Declaratur tertio in eo qui apparuerit esse valdè pauper, & grauatus numero filiorum *Decis. Neap.*163. *in antiquis*, *Paris. cons.*121. *vol.*1. *Gabr. loco cit. num.* 11.*Pedam. decis.*42.*num.*25.*Const. Paris. tit.*1. §. 13.*gl.*7. *num.* 10. *vers. quod procedit.*

47 Declaratur quarto, quoad pœnam euitandam admittatur compensatio ipso iure, non obstante iuramento *Paris.cons.* 121.*col.fin. vol.*1.*Grat.cons.*121.*col.*1.*vol.* 1. *Gabr. loco cit. lim.*3.*num.*9. *Guid.Papa decis.*171. *Ruin.cons.*148. *in princ. vol.*1. *Soccin. in l. Iulianus ff. de condit. & demonstr.Ias. in l.eum,qui §.si iurauero ff. de iure iur.*dummodo pecunia sit hinc indè debita, non de futuro debenda *Rom. cons.*204.*col.*3.*per l.si constat C.de compensat.*, & dummodo fuerit petitum per cõpensare volentem *Guid. Papa decis.* 221. *num.*2.*Corn.cons.*115.*col.*2.*lit.K.*

28 Declaratur quinto, vt intèrcedat specificè iuramentum de soluendo: cùm non sufficiat iuramentum generale de vtendendo, & obseruando, quia tùnc intelligitur secundum finem, & naturam contractus *Grat. d.cons.*121.*col.*1. *vol.* 1., nisi adesset clausula *pro quibus omnibus obseruandis iurauit &c.* ex quo tunc cõprehenditur etiàm specificatio soluendi cùm iuramento *Pedam. decis.* 92. *in fine* non ratione subintellecti specialis iuramenti ex illa clausula &c. sed benè ratione cõprehensionis virtute illius clausulæ *pro quibus omnibus obseruandis iurauit*, quæ clausula trasfundit iuramentum specificatum ad omnia, & singula in instrumento contenta, etiàm absque illa clausula &c.

29 Declaratur sexto, vt non procedat in causa, in qua proceditur de bono, & æquo, prout in causa mercatorum, & simili *Grat.in alleg.cons.*121. *num.*12.*Paris cons.* 121. *lib.* 1., prout si ageretur, sola facti veritate inspecta, semper compensatio admittitur *Medic. de compensat.parte* 1.*quæst.*25. *num.*24. *Pedam.vt supra num.*35.

30 Declaratur septimo, quando hinc indè debita essent iurata, quia tùnc admittitur compensatio ratione symbolæ remissionis iuramenti *Pedam. d. decis.* 35., ac non obstante statuto, quod nulla possit opponi exceptio, nisi solutionis, quia tùnc poterit opponi etiàm per cõpensationem *Ang.cons.*132.*Alex.cons.*12. *col.fin.vol.*2.*Guid.Papa decis.*171.*&* 174. *in fine Rebuff. in l. nemo carcerem C. de exact. trib.lib.*10. *Tiraq. de retract.* §.13. *not.*1. *gl.*13.*num.*4.*Goz.cons.*4.*nu.*2. *Afflict. in pract.cap.*31. §.26. *num.*2.

31 Octaua erit symbola exceptio intèr locatorem, & conductorem, vt quemadmodum conductor possit excipere de retẽtione rei conductæ illis in casibus, in quibus competit retentio, sic etiam locator potest excipere de retentione locando operas suas, nempè aduocatus, vel procurator potest retinere acta, siuè copiam processus pro expensis ab ipso in eo factis *Capyc.decis.*11. *Boer.decis.*15. *Iacob. Menoch. de retin. possess. remed.* 11. *num.* 14., licèt non possit retinere pro eius salario, & proinde *Caroc. loco cit.de ret. except.*5. præstat bonam cautelam, vt sit cautus procurator, vt petat quando

do doler, idque ratione symboli intèr procuratorem, & clientulum *ad text. in l. si procurator* 10. *C. de procurat.*, & in *l. ea. quæ C. de err. aduocat*: & etiam in debito iurato datur conductori retentio, exclusa compensatione, & excusatur à caducitate *Put. decis.* 292. *p.* 2. *Mang. de subhast. quæst.* 169. *num.* 170.

32 Nona erit symbola exceptio intèr locatorem, & conductorem circà nullitatem contractus, vt quemadmodum prohibita est res locari, sic etiàm conduci prohibetur *gl. in l. cætera* §. *hoc senatus ff. de leg.* 1. *Decl. in l.* 3. *C. quæ res vendi poss. Alex. in l. generalitèr* §. *non autem num.* 4. *C. de instit. & subst.*, *& in cons.* 131. *num.* 5. *vol.* 1. *Ruin. in cons.* 33. *num.* 11., *& in cons.* 174. *num.* 9. *vol.* 1. *Medic. de reg. iur. parte* 1. *reg.* 9. *num.* 50. cum alijs congestis per *Caroc. loco cit. parte* 1. *concl.* 69. hæc enim nullitas symbola est restitutioni in integrum *l. si curatorem C. de restit. in integrum l. cum & minores C. si aduersus rem indicatam l. quos retrahi ff. aduersus libert.* ac tiam regulæ, quod omnis contractus intelligitur rebus in eodem statu permanentibus *l. quod seruius vbi gl.* 34. *ff. de condict. ob caus. cùm alijs congestis per Episc. de Afflicto contr. iur. resolut. in addit. ad resolut.* 22. *sub num.* 3. vbi etiàm meminit de excompoto facto in locationibus tēpore reuolutionis in hoc Regno de anno 1647., & 1648., adducit quamplurima exempla per diuersas res iudicatas pro remissione mercedis in illis annis pensionum domorum huius Ciuitatis Neapolis.

33 Decima erit symbola exceptio intèr locatorem, & conductorem ratificationis non sequutæ: nàm facta locatione alicui à gerente negotia alterius, non dicitur perfecta, non sequuta ratificatione à vero domino, ex regula, quod alteri stipulari nemo poterit *l. stipulatio ista* §. *alteri ff. de verb. obligat. l. quo tutela* §. *fin. ff. de reg. iur.* §. *si quis aly*, & §. *alteri instit. de inut. stipulat.*

34 Cæterum distinguendum in hoc casu intèr conductionem, & locationem: nàm in conductione non est symbola ratio, prout in locatione: quemadmodum conducens acquirit domino absque cessione, secundum *Roman. cons.* 261. *vol.* 2., ex quo in tali casu non tractatur de plenitudine acquisitionis, nēpe dominij, vel possessionis, sed de simplici actione personali, quæ vtilis domino acquiritur absque cessione stipulantis directa, maximè accedente iuramento *Rom. cons.* 76. *col.* 2. *Ruin. cons.* 132. *col. fin. vol.* 5. *Alex. cons.* 267. *col.* 1. *lib.* 7. secùs in locatione, quià tunc nihil iuris domino acquirit *Imola cons.* 52. *Hieronym. Gabr. cons.* 62. *num.* 17. *lib.* 1.

35 Proindè infertur, quod si quis conduxerit aliquam rem nomine suo, & sociorum, valet conductio quoad conducentem, etiam non sequuta ratificatione sociorum, *Bald.*, *& Salyc. in l. multum interest C. si quis alteri, vel sibi*, quæ ratificatio fieri potest, absente locatore *Alex. cons.* 126. *num.* 7. *vol.* 5., nec inducitur ex simplici actu sociali, sed requiritur, quod sciuerit conductionem esse factam eius nomine, & hoc in specie ratificetur *Spec. de empt. & vendit.* §. 3. *vers. si vero*, *Paul. Castr. cons.* 350., *Ruin. cons.* 91. *num.* 11. *vol.* 1. *Caroc. parte* 3. *tit. de ratificatione sub num.* 6., & in fine cautelam addit in concipiendis verbis instrumēti, ob notitiā locationis factæ nomine sociorum, & sic ipsius ratificantis, & consequentèr actio ad pensionem non quæritur domino absque cessione *Accurs. in l. Iulianus* §. *si procurat. ff. de act. empt. Ioan. Andr. in tit. quamquam col.* 7. *Alex. ad Bart. in d.* §. *quod Procurator*, *& in l. si stipulatio.* §. *si stipulor num.* 13. *ff. de verb. oblig. Ant. Gabr. concl.* 1. *num.* 126., qui de veriori testatur opinione, quam etiàm comprobat *Caroc. loco cit. sub num.* 8. *vers. contraria opinio*, qui *sub num.* 15. ad finē posuit multa specialia requisita in conductione pro se, & socijs.

36 Vndecima erit symbola exceptio intèr locatorem, & conductorem, doli, latæ, & læuis culpæ. *l. contractus ff. de reg. iur. l. qui iudicio C. loc.* §. *pan. instit. de locato*, *Grat. cons.* 94. *num.* 13. *vol.* 2. *Ceph. cons.* 740. *num.* 26. *lib.* 5. & sic ad intellectum *l. si merces* §. *qui columnam ff. locati* erit considerandum.

37 Primo; nàm conducens rem exportandam, quæ de facili est frangibilis, tenetur quis de leuissima culpa, quæ conductio consistit in trasuehendo, &

pro-

proindè, licet regularitèr ex dispositione illius text. non teneatur quis de leuissima culpa, restringitur in hoc præsenti casu: vndè notes in casu trasportationis salmæ vetri, ollarum, & similium, vel profitente exportare parietem sanum, de loco ad locũ, vel eleuantibus lapides, & piramida, quod extende ad illos, qui profitentur polire adamantum, gemmas, aurum, vestes broccardicas, & huius generis similia *Summa Angelica in verbo locatio num. 23. Accat. in l. magna diligentia ff. de verb. sign.*, quia vbi maior est dilicatura, ibi maior adhibenda est diligentia *cap. vbi periculum de elect. in 6. Emanuel in suo Thes. lit. C num. 207.* nisi forte tu eligeres malos ministros, quia electio est in culpa, vulgato iure.

38 Secundo consideranda est imperitia: vndè poterit repelli locator operarum, ex quo ex sua imperitia fuit in dolo, prout in aduocato, qui tenetur parti ad interesse ob imperitum patrociniũ præstitum *l. 2. vbi Doct. ff. quod quisque iur. l. filius ff. de Iudic. l. non idem ff. de ord. & extraord. cogn. Alb. in l. 1. C. de aduoc. diuers. Iudic. Speculum in tit. de aduocato §. fin. vers. quid si per imprudentiam*, & de Iudice patet *in §. 1. instit. de oblig. qua ex quasi delict. in clement. sæpè in fine Indic. de verb. sign.*, qui tenetur ad restitutionem salarij, & omnia damna ex imperitia, vel neglig. *Butr. in cap. ad aures de ætate, & qualit. Felin. in cap. Pastoralis §. quia vero col. 2. circa medium de offic. deleg.*

39 Idem erit in medico conducto ad curandum infirmum, cuius imperitia causat exceptionem ad interesse *l. illicitas §. sicut ff. de offic. Præsid. l. si quis fundum §. celsus ff. loc.* & ob id tenetur infirmo, & eius hæredibus ad omnia damna, & interesse *Cassan. cons. 48.* in quodam medico, qui cuidam testiculos inciderat *Iul. Clar. §. homicidium vers. item medicus in fine*, & proinde si infirmus moriatur ex imperitia medici, punietur medicus extraordinariè *Alb. in d. §. sicuti per l. respiciendum §. delinquendo ff. de pœnis, Flor. in l. item iuris §. 1 ad l. AEquil. Marsil. in l. Cornelia num. 2. ff. de sicar.*, quod extenditur etiam in foro contentioso *Abb. in cap. tua nos de homicidio, Summa Angelica in verbo medicus num. 1. Sot. de iust. & iure.* ne dum si medicus ignorat, sed etiam si sit anceps, & dubius, an medicina sit proficua, an non, quia in dubio non debet vti medicamento, de quo non confidit *Innoc. in d. cap. tua nos*, quem ibi sequitur *Felin. num. 2. de homicidio*, vel si falso se asseruit peritum, vt per eundem ibidem, vel si Aromatarius composuerit medicinam, ex rebus inutilibus, nisi omnes præfati suam diligentiam adhibuissent; & in hoc laudandus D. Ioannes Dominicus de Vitealibus medicus peritissimus, & expertissimus, qui summopere obseruat egrotantis temperamentum, temporis constillationẽ, & methodũ medendi, vt expertus fui pluribus meis in occasionibus, & fuit particeps in prebendo mihi terminum symbolum in recta philosophia, quando, alitèr inquirebã hunc meũ componere tractatum, is enim non adhùc suum assumpsit oraculum, prout de Galeno Roma prædicabat, ex quo turbida eiusdem iura in optimo medendi methodo reddũtur ab aliquibus modernis *Ceretanis*, vulgo dicti *salinbanco* ob nouam artem decipiendi proximum adinuentam ex chimica, ne dicam chymera, & proh dolor, semper religio noua placuit, & placet ignaro Vulgo, quia noua, & si falsissima.

40 Vndè medicus triplicitèr peccare potest in arte, secundum *Summam Angelicam in uerbo medicus in principio*: nempè ante factum, quando se intromittit per ignorantiam, vel imperitiam, aut insufficientiam, ex quo non sufficit solus, prout de experientia testatur *Caroc. p. 3. in Perargon. sub num. 15. de Barbitonsoribus, & Idiotis chirurgbis* profitentibus se medicos, & multi nouitij procedunt, vt veterani, & experti in præiudicium salutis infirmi.

41 Secundo modo peccat medicus in facto, quia, licet peritus non sequitur traditionẽ artis, & maximè experimẽta vsitata, sed phantasiam sui capitis, vel experimenta noua, prout hodie hæc præstantissima ars confusa incedit ob sectantes chimicorum, & Galenistarum sententias, & experimenta.

42 Tertio modo peccat medicus post factum,

Digitized by Google

factum, quando est negligens circa custodiam infirmi *Angelica loco cit. Felin. & Abb. in d. cap. tua nos de homicid. Franc. Marc. decis.686. parte 1.*, sed adhibita per medicum diligentia sua, non peccat: verum, quod magis potest petere salatium suum, etiam morte sequuta: cum mors, & vita non sint in potestate medici, sed Dei. Debet aduertere etiam medicus in conficiendo fides infirmitatis, sic, vt euadat fictus infirmus carceres, sic etiã, vt vesci possit cibis paschalibus in tempore prohibito ab Ecclesia, quia si postea appareat contrarium tenetur medicus eadem pœna, vt iudicatum refert Bononiæ tempore Ennij filij Federici secundi ex *Alberico Caroc. loco cit. sub n.19.*

43 Quod adeo verum est, vt extendatur talis pœna etiam ad hæredes infirmi, qui adhibuit, & conduxit medicum imperitum, & inhabilem ad curandam infirmitatem testatoris, si ex hoc moriatur, priuatur hæreditate ipsius *gl. celebris in l. quod si nolit. §. si mancipium in verbo medicum ff. de edilit. edict.* prout *Medic. in tract. mors omnia soluit, Caroc. loco cit. sub num. 20. vers. ampliatur quarto*, aduertens, vt eligendi sint semper boni aduocati, quia, & si medicus sanare non possit vulnus mortale, bonus tamèn aduocatus pessimam causam facit videre bonam, quod plaudet *Caroc. loco cit. sub num.2.*, cuius plausus non quadrat in foro conscientiæ, quia etsi optimus medicus in foro conscientiæ possit quamuis desperatam infirmitatem curare: Aduocatus verò non potest desperatam, & vndequaq; iniustã causam defendere, secundum sententiam *Diui Thomæ 2.2. qu. 71. art.3. vers. ad primum ergo dicendum* vbi talia profert verba *ad primum ergo dicendum, quod Medicus accipiens in cura infirmitatem desperatam nulli facit iniuriam: Aduocatus autem suscipiens causam iniustam iniustè ledit eum, contrà quem iniustè patrocinium præstat, & imo non est similis ratio, quamuis enim laudabilis videatur quantum ad peritiam artis, tamèn peccat quantùm ad iniustitiam voluntatis, quia abutitur arte ad malum.* vide *Vrsill. ad Afflict. decis.149. num.14. & 16.* Tamen si ægrotans sciuerit conditionẽ medici conducti, & siluit, imò ab eo mederi patitur, non erit locus pœnæ, quia volenti, & consentienti non fit iniuria *Abb. in cap. ad aures de atat. & qualit.*, & pœna extẽditur etiàm in virũ, qui non adhibendo medicum peritum suæ vxori infirmæ priuatur lucro dotis *Viuius decis. 197. num. 9. & 10.*, & hoc allegans probare tenetur, & quod de facili medicum adhibere potuisset, *Dec. consil.289. num.4. Caroc. post alios loco cit. sub nu.23.* etiàm in casu, quo adhibere potuisset medicum peritiorem, qui de facili adhiberi, & inueniri potuisset, etiàm in loco infirmitatis, vel in loco vicino *Campeg. de dote parte 1. quæst. 13. num. 3. Franc. Marc. decis.524. parte 1.*

45 Nec excusabitur medicus, quod absque mercede fuit adhibitus, quin non teneatur de læuissima culpa *d.l. imperitia, & l. illicitas §. sicut, Bart. in l. quod Nerua. quæst.9. num. 32. ff. depos.*, & consequentèr meliotis conditionis est medicus adhibitus cum mercede, quia locatio est, & faciens actum more ordinario de leui dumtaxàt culpa tenetur, secùs si absque mercede, quia tùnc tenetur etiàm de lęuissima culpa, quia illud profiteri gratis, quod cum mercede licitè fieri poterat, arguit signum deceptionis, & malignitatis, & proindè in hoc casu cauendum est, ne ità fiat, maximè à medicis imperitis, qui ad suscipiendam ansam occidendi, non curant de salario, vt experiantur ægrati de eiusmodi medici mala, vel bona fortuna, quæ si ex aliquo contingetit bona, plaudetur medicus, & si ignauissimus, sin mala, imputabitur fato, o mundi confusio, ò artes desperatæ: non nè bestialis est professor absque mercede profiteri: imò bestialissimus, & plurimos eiusmodi generis ego vidi, & cognoui, & si iniquissimam mali *Nuntij* faciem haberent, & aduocatus patrocinans pro nullo, vel modico salario, quod sit bestialis tradit *Viu. decis.123. in princ. vol.1.* ex illa etiàm regula, quod ars, quæ non venditur vilipenditur, & reducit artificem in contemptum, & nullam existimationem.

46 Duodecima erit symbola exceptio intèr locatorem, & conductorem inobseruantiæ contractus per *text. in l. si quis*

demum ff. loc. vbi non excusatur locator si semel rem locatam tradiderit, quin teneatur per pacientiam ad factum successiuum, itaut quandocumque molestetur conductor, tenebitur locator *l. corruptionem C. de vsufr. l. 2. ff. de verb. oblig.* ex quo vsus locandi habet in se semper tractum successiuum *Alciat. in l. 3. §. & harum num. 43. ff. de verb. oblig. Mangil. de euict. quæst. 149. sub num. 8. 9., & 10.* nam si locator petat condẽnari conductorẽ ad solutionem mercedis, illeque excipiat, eum non sibi præstitisse pacientiam vtendi, fruendique rebus locatis, eidem locatori incumbit onus probandi quod à principio pacientiam præstiterit *l. Iulianus §. offerri ff. de act. empt. l. ex conducto in princ. ff. eod. Cacher. decis. 51. num. 8. cum seq. Ludouis. concl. 14. vers. infertur*, quæ quidem pacientia præsumitur in possessione præambula, *Magon. decis. Luc. 69. num. 4., & seq.*, sed si conductor dicat, se postmodum impeditum; tunc ab eo probari debet impedimentum, tanquam suæ exceptionis fundamentum *l. cui adipt. ff. de probat.*

47 Est benè verum, quod si locator ante rem locatam traditam, tradat rem æquè idoneam, liberatur ab eiusmodi exceptione ex intentione eiusdem legis, *si quis domum in fine principij*, ex qua declaratione colligitur primo, quod lex est benignior in locatione, quàm in venditione, quia in venditione non liberatur venditor, reddendo rem symbolam, vt per *gl.* Inibi in verbo *locatorem* in fine.

Secundo colligitur limitatio *l. 2. ff. locat. & l. 2. §. 1. ff. si cert. petat.*, vbi aliud pro alio solui non potest à debitore, quod non procedit in locatione, in qua potest tradi rem symbolam, re tamen integra. *Mang. d. quæst. 149. num. 27.* aliàs teneretur Locator ad interesse, quod deberetur etiam à locatore rei alienæ, scientèr, vel ignorantèr locatæ *Caroc. loco cit. sub num. 15. vers. verior tamen opinio*, obseruando loquendi modum per *I. C.* dicit *Caroc. loco cit. sub num. 11. in d. l. si quis domum*: nàm in casu euictionis loquitur in fundo dumtaxàt, in materia rei symbolæ loquitur in habitatione tantum, & tunc in casu euictionis aget conductor ad interesse, non quod res euicta sit, quam ipse non possideat, sed quia vti frui ad tempus conductori non licuit *l. officium ff. de reiuendic. l. fundum ff. loc.* nec sufficit, vt conductor rem habuerit, sed debet posse alteri locare si vult, & tenetur locator manutenere hostium, stillicidium, & tectum toties opus fuerit *Bell. cons. 22. num. 1. & 2. Paris. cons. 40. num. 1. & 7. vol. 1. Corn. cons. 52. col. 3. vol. 4. Rol. cons. 69. num. 22. lib. 4. cons. 83. num. 4. Ruin. cons. 411. num. 36., & 97. vol. 4. Boss. de remiss. merced. conduct. num. 65. Rota Luc. decis. 2. parte 1. num. 6. Borg. decis. 44. num. 50.* nisi locator declarauerit in locatione se nolle teneri ad manutentionem rei locatæ, & tùnc nisi dolum præstabit *l. pen. in fine ff. de euict. Alba cons. 352. num. 11. lib. 2. Mang. d. quæst. 149. sub num. 35.* nec datur in rebus locatis restauratio temporis *Caroc. loco cit. sub num. 19., & 20.* ad propositum vide *D. de Franch. decis.* qui loquitur de tali tempore non restaurando in officialibus, vide Fontanellam.

48 Exceptio isthæc adimplementi non sequuti tanquàm perpetua, vllo vmquã tempore præscribitur *Burs. at. cons. 201. num. 15. lib. 2. & cons. 191. num. 3. lib. 2. Vi. sill. ad Afflict. decis. 220. num. 3. & decis. 24. Galles. in forma Camer. q. 1. quartę quæst. princip. num. 7.*, & potest etiàm opponi, non obstante iuramento *Abb. in cap. quemadmodum, & in cap. peruenit, & in cap. sicut de iure iur. Rol. cons. 5. lib. 1.* siuè ambo promissiones sint iuratæ siuè vna tantùm, qui implementi exceptionẽ opposuerit *Marsil. sing. 42. Ias. in l. duo §. si quis iurauerit ff. de iure iurando Ruin. cons. 244.*, etiàm si non fuerit impletum in modico *Caroc. loco cit. sub num. 34. ad 36.*, etiàm si adiecta fuisset clausula, quod pæna remissa, vel soluta, contra-

49 ctus firmus remaneat, etiàm si implens fuerat legitimè impeditus, etiàm contra instrumentum publicum, & obligationem cameralem, & executionem sententiæ, etiam ante litis ingressum, etiàm ex officio Iudicis si pars omiserit eam opponere, etiam si Notarius dixerit dedit, & tradidit, adeo quod non datur purgatio moræ ad implendum post

post oppositionem factam in iudicio, pro vt has, & similes traditiones refert *Caroc. loco cit. vsque ad num. 67.*, penès quem habebis etiam limitationes ad regulam.

50 Decimatertia erit symbola exceptio, intèr locatorem, & conductorem, nam intèr eos non possunt opponi exceptiones de apicibus iuris, sed de æquitate dumtaxàt, quia sumus in contractu bonæ fidei *Bald. in cons. 63. vol. 1. Ripa in cap. cum Ecclesia Sutrina num. 16. de Const. Andr. de Exea in cap. 1. num. 135. eod. tit. concludit Caroc. tit. de bona fide except. 13.*, vnde semper in tali contractu locationis, & conductionis exuberare debet non tantùm iuris æquitas, sed etiàm Iudicis, vt æquitatem S. R. C. in prælationem conductionis alicuius terræ laudat *Episc. Afflict. contr. Iur. resolut. capit. 20. sub num. 3., & seq.* in causa Comitis Laureti.

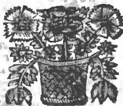
ANNOTATIO.

Et hæc breuissimè annotaui circa symbolam materiã locati, conducti venditi, & permutati contractuum: cum si velis vulgarem materiam percunctare locationis, & conductionis dumtaxàt, vultrà classicos, & consulentes, excipere poteris *à Carosio*, qui sollemnem tractatum vulgarem de locato peregit, *ac Carpan. ad stat. Mediol. Ripoll., & alijs desuper relatis*. Vnum adnotare hoc in postremo loco, quod in occurrenti materia symbola occurrit circa resolutionem quæstionis præpositæ, an remedium *legis 2. C. de rescind. vendit.*, habeat locum in locatione, & conductione, quàm conclusimus superioribus capitulis, & probauimus, nec eam locum sibi vendicare in permutatione, donatione reciproca, insolutum datione, & similibus, verum quia Doctissimus *Hispanus Ioannes Mattienzo*, qui pleno calamo expungit materiam dictæ *legis secundæ* ad commentaria *legis Hispaniæ tit. de empt. & vendit. lib. 1. tit. 2.*, & signantèr *gl. 6.* assentitur, remedium dictæ legis habere etiàm locum in locatione vulgari, & in locatione reddituum, ex eo quia contractus locationis bonæ fidei est, & emptioni symbolus *l. 2. ff. locati*, & ad illud probandum adducit placitum *gl. in l. si olei C. locati, & in l. si ex pactione C. de vsur. & in d. l. 2. Pinell., Ant. Padill., Bart., Angel. de Aretino, Imola, Panorm., Burg., Roman., Aret., Cæpoll., Fabij de Mõte, Crem. & Cagn. in locis per ipsum citat.*, qui deueniens ad modum probandi læsionem in locatione *sub num. 2. vers. quo pacto*, distinguit intèr locationem reddituum, & locationem vulgarem, aliarum scilicèt rerum, & quod in locatione rerum extimatur læsio, attenta consueta mercede, an minus dimidia res locetur, vel vultra dimidiam conducatur, secundum *Romani cons. 425. num. 1., Cagn., & Crem. in d. l. 2. inibiq. per Pinell. parte 2. cap. 4. num. 18.*, contrà quem subdit, posse accedere contrariam probationem, qua constat cessare tantam læsionem, addit exemplum in conductore fundi, qui dicat se læsum, attenta solita mercede: locator autem concludentèr probet conductoris detrimentum non excedere dimidiam, *facta computatione valoris fructuum, deductis expensis*; tùnc enim opinio veritati cedere debet, subdit, *Mattiens*. In locatione verò redituum alitèr probandam, existimat *Mattienzo* læsionem, exemplo læsionis in transactione: cùm non sint existimandi redditus illius anni, nec probandus eorum valor, sed dubius euentus: nempè prętium iustum, & commune eorumdem reddituum quolibet anno communitèr homini scienti, & similium conductionum perito esse centum, & non pluris: cùm centum, & quinquaginta duo essent redditus locati, & ità articulos fieri deberi, dixit ipse in simili specie *eod. tit. gl. 2. num. 25. 28. & 38.*, ex quo, spes, subdit ipse, erit estimanda, quæ si estimata à principio excedit dimidiam iusti pretij partem, erit locus decisioni *d. l. 2.*, secundum Doctores, quos prostremo citat loquentes in locatione fructuum præstimonij, siuè beneficij, vel quartæ episcopalis ex *auth. Ioan. Andr. ad spec. in Rubr. de vsur.*

Quæ quidem *Ioannis Mattienzo alioquin viri Doctissimi* opinio, & si fulcita longa Doctorum remissione, ex eodẽ, quod asserit, nullatenus locum sibi vendicare potest. Non in locatione vulgari, quia obstat modus articulandi, &

Digitized by Google

probandi. Quià si dices, quod domus est solita locari viginti aureis, & locetur quadriginta duobus, non dicetur accessisse in tali locatione læsio, ex quo sic tùnc ab omnibus tali mercede potarat locari, quod non sic de facili poterat vendi: cùm promptior, & facilior sit contractus locationis, quàm venditionis, & maiora patitur incōmoda venditio, quàm locatio: vndè in existimatione pretij adhùc commoda, & incommoda contractus sunt inspicienda, minoris enim præiudicij est læsio in mercede, quàm in pretio, in mercede non consideratur euictio; cùm vt plurimum soluatur, expleto negotio conductionis, in pretio verò euictio, & periculum considerantur respectu rei venditæ, cum vt plurimum in principio contractus soluatur, & quando solutū, adhuc emptor non est tutus in traditione rei emptæ, quin venditor non se pæniteat, quod non est in locatione, ex quo locator in ea tenetur præcisè patientiā præstare, & præstare patientiam non est aliquid tradere, sed pati, vt re conducta vtatur cōductor; quæ patientia est symbola facto, non traditioni, vel dationi, vt sæpiùs probauimus; nec in fructibus potest aliquis Propheta considerare pretium à principio ex illa considerata spe, ex quo spes est in causa remissionis mercedis, non resciffionis contractus locationis, nec valet argumentum, in omnibus contractibus bonæ fidei est locus reformationi *ad text. in l. maioribus* 3. *C. comm. vtr. Iud.* ibi, *quia in bonæ fidei iudicijs, quid inaequaliter factum esse constiterit in melius reformabitur*, supple, remedio ordinario competenti, vt per *gl.* inibi *in verbo reformabitur*, & sic non habet vndè probet Doct. remediū *d. l.* 2. in omnibus cōtractibus bonæ fidei cōpetere, prout etiā sequutus fuit *D. Paul. Stath. Reg. Consil. resolut. forens. cent.* 1. *resolut.* 191. *sub num.* 24. *vers. & primo*, vbi adducit *Hermosillam, Barbos. & Cæsar. Caren. in locis ab ipso cit.* tenentes, tale remedium dari etiàm in datione in solutum, & sexcenti alij: corruet facillimè eorum opinio: cùm vt diximus, omnes prædicti contractus, præter emptionis, & venditionis, habent sua peculiaria remedia, vel ad illos rescindendos, vel saltim reformandos, & propterea: cùm remedium illud elargitum per constitutionem *l. 2. C. de rescind. vendit.* sit peculiare dumtaxàt in eiusmodi contractu, qui aliud remedium ordinarium non habet pro sua resciffione, quod conditionem legis dicere possumus, nescimus quomodo possit ad cæteros contractus & si bonæ fidei extendi, quin extensio non causet confusionem remediorum ordinariorum dictis contractibus competentium. Nota verba *Mattienzi*, ibi, *locator autem concludenter probet, conductoris detrimentum non excedere dimidiam, facta computatione valoris fructuum, deductis expensis, tùnc enim opinio veritati cedere debet*, o Bonè Iesu, si estimatio spei est in opinione, à qua per *Mattienzo*, non excluditur veritas, quomodo in principio contractus, in qua accedit opinio, & non in fine, in qua accedit veritas, non deberet fieri existimatio valoris fructuum, quando saltim ex aliquo adminiculo veritatis deberet fieri resciffio remedio illius legis, & non reformatio per remedium naturale cōpetens dicto contractui. Veritatem enim sequimur, & non numerum Doctorum, quem non curamus indagare, & si ceù auium, modernissimorum.



DE

DE SOCIETATIS, MANDATI, ET COMMVNIONIS SYMBOLICIS CONTRACTIBVS

TITVLVS TERTIVS.

ARGVMENTVM.

Societas, & communio an sint symbolæ?

SVMMARIVM.

1 *Societas ex omni sui parte differt à cõmunione, & diffinitur societas.*
2 *Societas ex contractu perficitur, & dicitur iure gentium introducta.*
3 *Actio pro socio datur ad varios, & diuersos effectus.*
4 *Actio pro socio datur ad personales præstationes communicandas.*
5 *Actio pro socio datur ad petendam vniuersalem rationem.*
6 *Societas conuentionalis quotuplex.*
7 *Consensus dumtaxàt sufficit ad coeundam societatem.*
8 *Societas facto contrahitur.*
9 *Societas alia vitæ, alia bonorum, & quæ.*
10 *Bonorum societas quotuplex.*
11 *Societas hæreditatis quæ.*
12 *Communio non est contractus.*
13 *Communantia quæ, & cui symbola.*
14 *Camerata quis dicatur.*
15 *Possidentes seruos communes, socij propriè non dicuntur, & proindè ipsis non competit actio pro socio, sed altera diuersa, & num.16.*
17 *Communio symbola societati antiquę.*
18 *Communio legalis quę.*
19 *Creditoribus ęqualitèr pignus datum an par sit causa.*
20 *Pignus pluribus insolidum dari an compatiatur, & traditur exemplum nu.21.*
22 *Text. in l. si fundus §. si duo ff. de pign. inepta structura Triboniano, & non Marciano adscribenda, & quare n.23.*
24 *Pignus pignoratum, et obligatam hypothecam non rectè dicimus.*
25 *Actio tota pignoratitia quando sit occupantis.*
26 *Societas, et communio sunt symbolę; quatenùs respiciant duos, vel plures.*
27 *Vniuersitatis bona quę dicantur communia.*
28 *Commune quando dicatur proprium, et quando alterius.*
29 *Vniuersitatis aliquod commune quale, et num. 30.*
31 *Libertam communem ducens suam duxisse dicitur.*
32 *Corpore in communi pro indiuiso nihil agi potest, inuito socio.*
33 *Societatis iure, & non seruitutis quando qui agi videtur.*
34 *Promiscua res quæ.*
35 *Communio quomodo acquiratur.*
36 *Vniuersitas an possit à communione discedere, altera reluctante.*
37 *Nemo in perpetua communione stare cogitur, & num. 39.*
38 *Testator disponere non potest, vt stetur in perpetua communione.*
40 *Communio quando potest perpetua esse.*
41 *Seruitus duplicem in se habet causam præscribendi.*
42 *Causa continua quæ.*
43 *Præscriptio quomodo acquiratur ex causa continua, & qualitèr ammictatur num.46.& 47.*
44 *Hominis factum requiritur in vsu seruitutis.* Lon-

48 *Longum tempus an sufficiat in praescriptionibus ex causa discontinua.*

49 *Titulus in praescriptione ex causa discōtinua debet allegari in principio causae. Debet esse specialis, & non generalis num.50.*

51 *Testes quales, & quomodo deponere debeant in materia seruitutis acquirenda.*

52 *Contradictio quomodo esse debeat ad impediendam praescriptionem seruitutis.*

53 *Communio iure conuentionis, concessionis, & priuilegij acquisita non potest nutu vnius partium dissolui, & nu. 54.*

55 *Quae sunt à principio voluntatis ex post facto sunt necessitatis.*

56 *Causa iusta requiritur ad discedendum à communione.*

57 *Causa iusta quemadmodùm requiratur, vt quis à communione discedere valeat: sic etiàm eadem iusta causa requiritur, vt nequaquàm ab ea discedere possit.*

58 *Causa iusta discedendi à communione qua.*

59 *Rixae sunt iusta causa permanendi in communione secundum D. Marcianum, & quomodo redarguatur per auth., & num. 60.*

61 *Communio an sit seruitus, vel potiùs ius concessum.*

62 *Communio an sit ius reale distinctum ab eo, quod de aliquo conceditur pacto, & num.63.*

64 *Pecora in fundo pascenda inducent seruitutem.*

65 *Pastura duplex, viua, & vana.*

66 *Prohibitio pascendi est articulanda, & probanda; nisi damnum propè principium, & finem clausurae contingat n.67.*

68 *Pastura viua in Regno quibus temporibus uigeat.*

69 *Communio dissoluitur intèr vniuersitates, accedente in 1 na dishabitatione.*

70 *Pastura insufficientia est iusta causa dissoluendae communionis. Dummodo id probetur num.71.*

72 *Necessitas vnius vniuersitatis est causa sufficiens ad rumpendam communionem.*

73 *Communio intèr vniuersitates quid intèr eas tribuat.*

74 *Communione non obstante, non prohibētur fieri defensa.*

75 *Baro semper impressionem facere praesumitur.*

76 *Praesumptio, quae requiratur ad inducenda pecora pascenda in aliquo territorio.*

77 *Vsus alicuius memoris à quibus sit faciendus, vt in vniuersum acquiratur.*

CAP. I.

1 Differt ex omni sui parte societas à communione: societas enim, secundum magis communem diffinitionem, est duorū, pluriumuè cum aequali lucro, & damno honestè contracta conuentio ob commodiorem vsum, Vberioremque quaestum, *M. Tullius orat. 5. in Verrem, Azo in summa C. pro socio in princ. Petrus de Vbaldis in rubr. de duob. fratr. parte 6. quaest. 23. nu. 24. vers. contr. partem, Spec. in tit. de Iudic. §. & generaliter vers. & nota, P. Azor. instit. moral. parte 3. lib. 9. tit. de soc. cap. 1. vers. secundo quaeritur, Ant. Piccard. in rubr. tit. de soc. sub num. 3. instit. Mantica de tacit. & ambig. lib. 6. tit. 1. in fine.*

2 Haec diffinitio conuenit societati, quae ex contractu perficitur, & dicitur de iure gentium introducta, habet actionē
3 nominatam pro socio, & est bonae fidei *Piccard. loco cit. sub num. 4.*, quae quidem actio pro socio datur hic ad varios, & diuersos effectus. Primo ad societatem contractam adimplendam, & conficiendam, puta, vt fiat cessio iurium, collatio rerum in communi iuxtà societatis conuentionem; cum tametsi, contracta societate omnium bonorum, illico dominia rerum transferantur in socios ipso iure sine aliqua cessione; tamèn in iuribus, & actionibus fieri debet cessio *l. p. 2., & 3. in princ., & ibi gl. notabilis ff. pro socio.*

4 Secundo datur actio pro socio ad personales praestationes, puta ad fructus, & redditus perceptos in communi diuidendos, & ad lucra communicanda, itèm ad expensas, damna, & similia, iuxtà *l. pro socio arbiter §. si totum, & l. si fratres §. Pomponius l. cum duobus §. idem respondit fetus, qui cauensis ff. pro socio.*

5 Tertio intentatur actio pro socio pro habenda vniuersali ratione lucri, *l. vtrū §. fin.*

Digitized by Google

§. fin. & l. seq. ff. pro socio, & l. tam diu per eum ibi notatis C. eod., & ità cùm sit ge-
neralis non intentatur, nisi post finitam
societatem *d. l. tàm diù, & ibi gl. in vers.*
nota, & gl. in l. 1. §. ad hęc, & gl. magna
in vers. pro socio in princ. & ibi Bald. col. 5.
C. de anni except.

6 Hæc societas, quæ conuentionalis
dicitur, in duas diuiditur species, aliam
in expressam, aliam in tacitam conuen-
tionem. expressa simplici pacto, vel etiã,
accedente stipulatione contrahitur; *l.*
societatem coiri cùm gl., & l. duo societa-
tem, & l. vt sit pro socio ff. pro socio, & l.
consensu ff. de act., & obligat.

Tacita verò societas absque verbis,
& literis, rebus ipsis per actus sociales
tùnc contracta videtur *Doct. in l. Titium,*
& Meuium §. altero ff. de administr. Tutor.
7 *& in l. Patruus comun. vtriusq. Iudic.* vtro-
que modo solo consensu perficitur, quia
nec stipulatio, nec verborum sonus, nec
scriptura requiritur: sed consensus dum-
taxàt sufficit *l. obligationum substantia, &*
l. consensu ff. de obligat., & act. l. planè, &
l. duo societatem, & l. etiam ff. pro socio.
8 nàm voluntas contrahentium non tan-
tùm verbis, & signis literarum, sed fa-
cto etiàm datur intelligi *l. Paul. respondit*
non tantùm verbis ff. renon. sub l. respon-
denda C. de instit. & subst. sub condit. fact.,
& l. de quib. ff. de legib., & quod tacite
agitur pro expresso habetur *l. si. quid ff. si*
cert. petat.

9 Deniquè societas alia vitæ, alia bo-
norum appellatur, societas vitæ ea est
quando duo, vel plures coniuntim vi-
uit ad vnum panem, & vinum Vulgo
dicitur *ad eandem mensam*, & isti tenen-
tur vsque ad necessitatem victus, reddi-
tus, & prouentus conferre, vt sit pate-
10 bit loco. Bonorum autem societas plu-
ribus distinguitur modis, alia est vni-
uersorum bonorum *l. societas contrahi-*
tur, & l. si societatem vniuersarum forma-
rum ff. pro socio. alia vniuersorum, quæ
ex quæstu, & opera descendunt *d. l. so-*
cietatem vniuersarum formarum, & l. coi-
ri ff. eod., & hæc est illa societas, quæ
simplicitèr contrahitur *Petr. de Vbald. de*
duob. fratr. parte 1. num. 5. vers. quinta est
societas: alia est societas vnius tantùm
rei *l. cùm proponas. C. pro socio, & d. l. so-*
cietas contrahitur, & l. cùm duobus in prin.
& l. lectio §. itèm societatis ff. eod., quod
contingere etiàm potest, quando duo
insolidùm emerint eandem rem animo
ineundæ societatis *l. 2. cum gl. ff. comm.*
diuid. d. l. cùm proponas C. pro socio, quæ
sic in dubio præsumitur *Petrus de Vbaldis*
de duob. fratr. parte 1. num. 2. quem sequi-
tur *Mantica d. lib. 6. tit. 2. num. 8.* pro vt
etiàm dici potest societas vnius nego-
tiationis *l. duo societatem contraxerunt ff.*
pro socio, & tùnc quicquid socius extra
illam rem, seù negotiationem lucratur,
sibi acquirit, nec socio tenetur conferre
tanquàm extra limites societatis acqui-
situm *Rom. cons. 368. num. 3.*

11 Contrahitur alia societas in hæredi-
tate paterna, quæ dicitur singularis, in
qua similitèr ea tantùm communia in-
telliguntur, quæ ex illius hæreditatis
bonis quæruntur, & non habent com-
mixtionem cũ alijs bonis aliundè quę-
sitis *l. cùm duobus §. Papinianus, vt si fra-*
tres ff. eod. de quibus, & alijs differen-
tijs, & modis contrahendis societati-
bus conuentionalibus suis dicemus in
locis.

12 Communio vero non est contractus
aliquis, sed potiùs quodam incidens;
vt puta si duobus eadem res relinquitur,
vel testamento, vel donatione, vel à
duobus aliquo alio modo acquisita sit,
& dicitur aliquando communantia, vt
in cap. Regni 79. itèm prædicti tit. de sol-
uend. Vascellis. Itẽ prædicti ammirati Pro-
tontini, & comiti dent, & soluant com-
munantias marinarijs, & alijs &c., quæ
communantia dicitur communio, eo
quod communitèr emebant, & edebant
Marinarij, pro vt de collatione dixi-
13 mus *tit. 1. cap. 1.* hæc communantia est
symbola potius communioni, quàm so-
cietati: cùm in ea nullus præcedat con-
tractus, sed solum incidens præueniens
à Regia Curia in prouisione ascenden-
tium in Galea secundum Campagnam
in d. cap. in fine.

Hæc communio incidens societati est
symbola, dùm ij cõmunẽ rem pro indi-
uiso possident, & comedunt, prout etiã
in galeis, & nauibus, quia partim insu-
mul commedũt in prora, partim in pup-
pi, partim in medio propè malum, siuè
arbo-

Digitized by Google

arborem galeæ, vel nauis, qui vulgo
14 nominantur *Camerata*, sic etiam socij ædificij *l. si vt proponas 4. C. de edific. priuat.* socij habentes ædes communes *l. damni infect. 18. §. si is ff. de damn. infect.*,
15 socij seruos communes possidentes, & similes, quæ propriè dici non possunt societates, sed benè communiones *§. itèm si inter instit. de oblig. quæ ex quasi contract. nasc. l. 2. §. communi diuid. l. vt sit*
16 *ff. pro socio*, & in eis non competit actio pro socio, quæ ex societate oritur, sed vel *communi diuid.*, vel *fam. ercisc. d. l. vt sit l. nàm cùm l. quibus casibus l. pro socio ff.*
17 *eod.* hæc communio symbola est antiquæ societati rudi, quando communitèr ex specubus, & syluis in vnum homines, nulla adhuc ciuili prouidentia instituta, in communi possidebant, prout ætate Saturni scribit *Virg. 1. Georg.*

Nec signare quidem, aut partiri limine campum
Fas erat in medio, quærebant &c.

& sic naturalitèr omnia fuerunt communia, hoc est omnibus vtenda communi vsu proposita, & iure naturæ, & diuino, cuius rei extant adhuc vestigia apud I.C., qui færas captas, & euadentes pristinam libertatem naturalem recipere aiunt *cap. 1., & cap. ius naturale 1. distinct. cap. quo iure §. distinct.* Cicero dicere solebat *1. off. c. sunt priuata natura nulla.*

18 Adest, & alia communio, quam legalem appellant Doctores, vt puta intèr virum, & vxorem, qui ex lege dispositione socij sunt diuini, humanique iuris, quæ quomodo intelligatur contracta infrà fusius patebit, pro nùnc vide *Criuell. decis. dolan. 51 per totam.*

19 Sed si res pluribus simul pignori datur, æqualis omnibus causa est, dixit *Paulus ad edict. 29. Prouinciale*, & refertur *in l. aliena res 20. §. si pluribus res ff. de pignor. act.* vbi *Paulus de Castro notat*, quod est æqualis conditio, & quilibet censetur obligatus pro rata, voluit dicere vtricuique pro virili parte rem obligatam intelligi, licèt vni plùs, alteri minus debeatur; & siuè pluris, & siuè minoris sit, vnicuique pars illa virilis, quàm singulis debeatur, ratio esse
20 poterit, quia non compatitur posse eandem rem pluribus insolidum obligari, non magis quàm dominij iure ad plures pertinere, in cuius rei obligatæ con-
21 cursu, fiet potior conditio eius, qui possessionem præoccupauerit, secundum Balduinum *de pign., & hypoth. cap. 19. col. pen. in fine*, nisi, ait ipse, quo, cui debetur prior sit, & erit eius prioris hypothecæ exemplum, si tibi debeant quod proximo anno nascetur in fundo meo, & Titio quod anno secundo, & vtrique simul obligem domū, primus potior erit, quia prior esse videatur hypotheca, sicuti obligatio principalis anterior est *l. 13. ff. qui pot. in pign.*

22 Potuit hoc probari ex textu *in l. si fūdus §. si duo ff. de pign.* ibi, *si duo pariter de hypo heca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, vtrum prò quantitate debiti, an prò partibus dimidys quæritur, & magis est, vt pro quantitate debiti pignus habeant obligatum, sed vterque si cùm possessore agat, quemadmodum? vtrum de parte quisque, aut de toto quasi vtrique insolidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si vtrique eodem die pignus datum erit seperatim, sed si simul illi, & illi si hoc actum est, vterque rectè insolidū aget, si minus vnusquisque pro parte*, cuius textus verba *Antonius Faber de er-*
23 *ror. pragm. decade 2. error. 19. in fine* Triboniani inscitiæ, non Marciani eloquentiæ tribuit, notando illud, *pignus obligatum*, cùm dicendo pignus, ipsam obligationem dicimus, & sic dici debuit *pignus datum*, vel *pignori rem obligatam*,
24 non autem *pignus obligatum*, vel *obligatam hypothecam*.

Vndè erit, absurdam fuisse, & ineptam quæstionem, inibi propositam, minùs rectè resolutam, tàm in principali, quàm in correlatiuis ibi *vtrum de parte quisquè, an de toto, quasi vtrique insolidū res obligata sit*, & alibi, *quod erit dicendum, si pignus eodem die vtrique datum est seperatum*: cùm in primo nulla diuersitatis ratione poterat quæri, cum contractum pignus diuerso iure censeatur contrà tertium, quàm contrà principalem debitorem, quasi, quod pignoris alienatio meliorem, vel deteriorem creditorum conditionem afficiat: cùm & si diuersimodè hypothecaria exerceatur

tur

tur contrà debitorem ipsum, quàm contrà possessorem, quem vocamus tertium,
vt *in l. si intèr §. vlt. cod. tit. de pignor.*,
quæ regula Tribonianum fefellit ad sic
ineptè concipiendum; tamèn id intelligitur de hypothecariæ litis æstimatione;
non autem dè vinculo pignoris quærendo: cùm siuè vnus, siuè duo, vel plures de pignore, aut paritèr, aut seperatim paciscantur, ius pignoris ab initio,
tale contraxisse necesse est, quale in perpetuum, & aduersus quoscumque vnquā
futurum sit, quia id totum à conuentione, iurisque potestate, quæ non nisi vna
est, semper tamèn interuenire potest;
pendet.

In secundo: cùm quæstio concepta erat, subdit ipse, de pignore duobus paritèr dato, responsio debebat adequari
quæsitui, nullo addito diuersiculo eodem die, quasi, quod pignus eodem
die seperatim pluribus datum sit insolidum quæsitum: cùm potioritas iure pignoris in tempore contracti debet non
tantùm dies inspici, sed quod magis momentum enumerari, & in casu insolidū
pignoris dationis, adeo vt nesciatur quis
namque sit anterior, vel posterior, semper practicandus est text. *in d.l. aliena res §. 1. ff. de pignor. act.* habet quisque
eorum fundatam intentionem docendo
se pignoratitium creditorem, nèc poterit tanquàm posterior repelli ab eo, qui
se anteriorem probare non possit: nisi
res sit occupata in distractione pignoris,
25 quia tùnc occupantis fit tota actio *l. ex duobus ff. eod.* illi *non dederis mihi dabis*,
vt *in l. Titius ff. de verb. obligat.* vndè in
hoc casu nulla communio, nec societas
interueniunt intèr concreditores, nisi
quatenus quilibet agat pro virili, vel insolidum, inspecta præoccupatione in
detrahendo pignore, & hanc opinionem
probat *D. de Franch. decis. 260. num. 4.*
quem sequitur *D. Rodoer. ad D. de Marin. quotid. resolut. lib. 1. cap. 2. num. 11. Salg. labyr. cred. parte 1. cap. 10. num. 46. D. Carol. Ant. de Luca obseruat. ad Franc. 260. sub num. 5. vers. nec reuocari*, vbi
eleganter expungit articulum de duobus cessionarijs ad idem concurrentibus debitum.
26 Sed, vt deueniamus ad symbola, dicimus, quod sicuti societas est duorum,
vel plurium honesta contracta conuentio, vt supra probauimus. Communè
similitèr dicitur, quod duorum, vel plurium est, idque pro indiuiso, vel pro diuiso, vt in *l. magis puto. 5. §. fin. ff. de reb. eor. quib. sub Tut. l. rectè ff. de verb. sign.* pro
indiuiduo quoad omnes, vt vniuersos,
non ad singulos pertinent, sunt quæ
27 vniuersitatis dicuntur, vt theatra, stadia, & his similia, quæ communia sunt
Ciuitatum, & non singulorum *l. in tantùm. §. vniuersitatis ff. de rer. diuis. l. 2. ff. quod cuiusq; vniuers. l. sed si hoc §. qui manumittitur ff. de in ius voc.* pro diuiso cō-
28 mune quando in vna re communi quilibet partem suam fecerit, & eiusmodi
commune aliud est alterius, aliud pro-
29 priùs alterius commune est, de quo supra: vniuersitatis proprium commune
aliquod eo modo, quo commune vocatur, dici non potest *l. quintus mutius ff.*
30 *de auro, & arg. legat.* Nec meum propriè commune dicitur, nisi meum commune scilicet, non quod ego in communi habeo *l. serui electione §. 5. ff. de cond. indeb.* etiam quod socius in codem
31 communi habet *l. falso C. de com. rer. alienat. l. illud ff. de ritu nupt.* si quis libertam communem duxerit, libertam eius
esse negari non poterit, licet alterius sit
liberta, & in hoc societas, & communio sunt symbolæ: nàm si vis, respicias
quod quis à me habet commune propriè suum dicitur, facta ad aliud relatione, proindè illud legare, vendere, &
cedere potest, siuè res sit communis pro
indiuiso, siuè pro diuiso *l. 3., & 4. C. de*
32 *com. rer. alien.*, si corpus rei communis
pro indiuiso inspicias sine socij voluntate in re communi, nihil licet agere: nisi ad quod res communis destinata est
l. 2. ff. de seruit. l. Sabinus ff. com. diuid. l. parietem ff. de seruit. vrban. cap. in re communi, cap. quod omnes tangit de reg. iur. in 6., ad cuius enim vsum, ad quem res
parata est vti re potest, inuito adhùc so-
33 cio, socius *l. si ædes ff. com. diui d. l. si fratres §. itèm Mela ff. pro socio*, & non quidem iure seruitutis, sed benè iure societatis, si necessarium est, potest socius,
inuito socio, rem reficere *d. l. parietem, & d. l. si fratres §. idem respondit.*

34 Promiscuæ res sunt, ratione serui-
tutis: nempè quando plures vniuersita-
res habent promiscuitatem iuris pascen-
di,& aquandi inter ipsas, quæ vulgo di-
cuntur, *Acqua,& herba commune*, hæ sūt
symbolæ rebus confusis, quæ pertinent
ad dominium,& non habent fines distin-
ctos ad *text.in l.quædam.ff. de act.*

35 Contingit hæc communio,vel legiti-
ma præscriptione,vel iure sociali,vel iu-
re conuentionis, vel concessionis, seù à
Principe concessi priuilegij, vel iure ser-
uitutis,vel etiam iure filiationis, de qui-
bus apud *Goffred. in cons.35. Roapp.decis.
German.Reg.Tapp. de iure Regni in cap.pō-
dus aquum lib.4.fol.66.et 69.* ex quibus
distinctis terminis deuenit, *D.Reg. Mar-
cianus penult.* siuè quem vocāt seniorem,
36 ad disceptandum *disput. forens. lib. 1.
disput. 25.* vtrum possit vna ex vniuersi-
tatibus, inter quas fuit talis inhita com-
munio discedere ab ea, altera reluctan-
te,& (prima,qua n aiunt, facie) affirmat
omninò vnam vniuersitatē,inuita altera,
ad nutum à communione posse discede-
37 re, ex regula, quod nemo tenetur per-
petuo in communione persistere: cùm
neque hoc pacto fieri potuit, *l. in hoc iu-
dicium §.si conuenit,ff.com. diuid.* & tra-
dunt omnes *in l.si non sortem,§.si centum
ff.de condit.indeb.l.nemo potest.ff.de legat.
1.*vbi *Ripa num.* 20. affirmat, neque hoc
38 ex Testatoris precepto fieri posse,quod
bona perpetuo sint communia, adde *D,
de Franch.decis.301.n.6. Auend. de exeq.
mand.Reg.1.par.cap.4. nu.20. vers.in qua
communione,D.Rouit.super pragm.1. de pa-
scuis n.18.Excobar. de ratioc. comput.7. n.
1.Vrsill.ad Afflict. decis.254.* vbi dicit,sic
passim, & indistinctè seruari in Regia
Camera Summariæ, vbi quando vna ex
Vniuersitatibus non vult stare in com-
munione ad instantiam alterius Vniuer-
sitatis petentis diuisionem, statim inter-
ponitur decretum,separationem fieri de-
bere, & quod videatur hoc passim in Re-
gno decidi per *cap.pondus aquum*, verùm
attenta distinctione prædictorum termi-
norum,subsequitur *D.Marc. inibi sub n.4.
vers.si loquimur*, dicens quod si tractatur
de communione quæsita iure sociali, vel
familiaritatis,tùnc procedere regulam,
39 quod nemo tenetur stare in commu-
nione, præcipuè cùm ea, quæ sunt iure
facultatis nunquam præscribuntur, neq;
per centum annos, & in hoc bene dicit
*D. Altimar. obseruat. ad Reg. Rouit. lib.3.
consil.obseruat.36.sub n.11.* vbi refert de-
cisionē inter vniuersitatem Terræ Mur-
coni cum Vniuersitate Terræ Sanctæ
Crucis.

At si communio sit quæsita iure ser-
uitutis,vel filiationis,debet proculdubio
40 perpetua manere, quia seruitus legiti-
mè prescribi potest,& quomodo mox in-
fra dicemus, & idem de iure filiationis
affirmat *D. Reg. Tappia loco cit.* in Casali-
bus, quæ licet diuidantur à Ciuitate, re-
manent nihilominùs Territoria com-
munia iure filiationis.

41 Ad inducendam hanc præscriptionē,
notat *Barbatus noster in tract. de diuis.
fruct.parte 1.cap.6.sub n.27.vers.et primo
nota*, quod seruitus duplicem habet
causam præscribendi, continuam scili-
cèt,& discontinuam.

Causa continua ea dicitur, quæ nullū
hominis factum requirit, exemplum in
seruitutibus luminum, stillicidij, altiùs
non tollendi, prospectus, & similium, *gl.
42 in l.foramen, ff. de de seruit. rustic. præ-
dior.* & quæ requirantur ad illas proban-
das vide *Carp. ad stat. Mediol. cap. 332.
per tot.* si verò in casu seruitutis requiri-
44 tur factum hominis, vt in seruitutibus
itineris, actus,aquæ haustus, pecoris pa-
scendi,& similium,& tùnc dicitur habe-
re causam discontinuam, seù interpella-
tam,ex eo,quia non semper insistit homo
in exercitio seruitutis, non enim homo
semper agit, semper ambulat, & transit,
non semper haurit aquam, non semper
pecora pascit.

45 Seruitus habens causam continuam
præscribitur spatio longi temporis de-
cem,vel viginti annorum scilicet, veluti
& aliæ res immobiles præscribuntur, *l.2.
C. de seruit. l. si quis diuturno, ff.si seru.
vend.Cepolla de seruit. vrb. præd. cap. 17.
19.20.et 21.Balb. de præscript. 4.parte
in princ particula secunda.* Et qualiter etiā
amittatur, vide etiam *Balb. in 1. parte
princ.3. parte per totam*, & quid in serui-
tutibus Vrbanis, vide *Ias.in l.ex hoc edi-
cto col.2.n.8.ff.de eo,per quem factum erit*,
& in hac præscriptione continuæ serui-
tutis

Digitized by Google

tutis non oportet allegare titulum, voluit *Burſat.conſ.87.n.23.vol.1.Pract. Papienſ. in forma libelli in act. confeſs. in verbo ſeruitus aquaductus num.*20.

48 In ſeruitutibus verò habentibus cauſam diſcontinuam non ſufficit longum tempus, ſed requiritur vt longiſſimum intercedat, cuius initij non extet memoria hominis in contrarium, *Guid. Papa deciſ.516.n.2.* qui loquitur in indiuiduo de ſeruitute iuris paſcendi, *Caſsan. in conſ.Burg.rubr.3.§.5.gl.3.nu.1. Lan.conſ. 35.n.1.Auend.de exeq.mand.par.1.cap.13. num.8. Hieronymus de Monte in tract.fin. regun.cap.73.num.6.Dec.conſ.583.num.2. Miſing.ſing. obſeruat.cent.4. obſer.53.Cepolla tit.de ſeruit.iur.paſcendi n.24.*in qua etiam requiritur allegatio tituli, ſecundum *Balb. d.4.parte princ.4.particula q.1.num.3.*quæ quidem tituli allegatio de-
49 bet fieri in principio Iudicij, & etiam poſtmodum capitulari, & probari per prætendentem ſeruitute ſe vſum ex illo titulo *Alex.conſ.113.num.2.cum addit.*ibi *gl. Pariſ.& in conſ.208. ad finem vol.2. Balb.d.4.par.Princ.2.par.q.1.num.3. et in 3 parte principali 1.parte q.10.n.22.verſ. 2.limitat Ruin.conſ.129.num.10. vol.4. Crauetta conſ.226. num.*1. & debet eſſe
50 ſpecialis, & non generalis *Ruin. d.conſ. 129.num.10.verſ.3.*& contra hunc titulum allegandum poterit contrarium probari, ſecundum eundem *Ruin.loco cit.* & quomodo teſtes deponere debeant, & quales eſſe, vt recipiantur, & fidem faciant in hac materia, vide eundum *D. Marcianum diſput.24.per totam*, & an contradictiones verbales, & extraiudiciales ſufficiant ad interrumpendam hãc
52 præſcriptionem, negatiuè teſtantur *Seſe deciſ.Arag.396.& 40.Grat.diſcept.forenſ. cap.8. num.*31. incontrarium, quod imò interrumpatur, voluere *Crauetta conſ. 291.* & poſt eum *Tepat. var.ſent.tit.570. num.3.*

53 In communione vero iure conuentionis, conceſsionis, & priuilegij, omninò affirmandum, non poſſe ad nutum vnius ex Vniuerſitatibus à communione recedi, tanquàm perpetua, ex illa præcipua ratione, quæ magis arridet *Barbato loco cit.ſub n.43.verſ.quicquid tamen ſit, ex d. cap. pondus æquum*, quia dùm Regius aſ-
ſenſus ſaltim præſumptus per immemorabile tempus operatur perfectionem, ac firmitatem promiſcuæ ſeruitutis, & cõmunitatis, per quem acquiritur Vniuer-
54 ſitati titulus ſuper ea, non poterit ob id abſque aliqua cauſa ſi ad vnius dumtaxàt voluntatem, libitum, & nutum tolli ius illud quæſitum, & abſque alio facto ſuo *arg.l.fin.ff.de pact. l.ſi poſt mortem §.fin.ff.de bonor.poſſeſſ.contra tab.l.ſicut C. de oblig.& act.l.id, quod noſtrum, ff.de reg. iur.Clem. Conſt. ad finem de elect.* & ex in-
55 dubitato exiomate, quod ea, quæ ſunt à principio voluntatis, ex poſt facto ſunt neceſſitatis, & in hoc benè dixerat *D. de Luca ad Franch.obſer.301.ſub num.11.*

Et ad regulam, quod nemo cogatur ſtare perpetuo in communione *ex l.ſi cõuenerit §.fin.ff.pro ſoc.*reſpondet *Barbatus loco cit.ſub num.*44. textum illum potiùs aſſiſtere, quam reſiſtere eiuſmodi concluſioni: cùm in ea lege *Vlpianus* id tantum decernat, licere ſcilicet à ſocietate diſcedere, illique renunciare, dùm tamẽ
56 cauſa intercedat: vt ſcilicet conditio, qua ſocietas erat coita, non præſtetur, quod tàm iniurioſus, & rixoſus ſit ſocius, vt non expediat eum compati, ergo ſubdit *Barbatus*, requiritur iuſta cauſa, vt à perpetua communione diſcedere poſſit, nec ſufficit ſolus nutus, & voluntas vnius ex diſcedere volentibus.

57 Et ſicuti iuſta requiritur cauſa, vt valeat quis à communione diſcedere, ſic etiam, & alia ſimilitèr interuenire debet, vt nequaquàm ab ea diſcedere poſſit. iuſtàm enim cauſam ad infringendam communionem

Primam aſsignat *Barbatus loco cit. ſub num. 45.verſ.ſuppoſito igitur*, quando altera ex Vniuerſitatibus, ſiuè illius Ciues
58 eſſent rixoſi, vel alias moleſti, vt excipit *ex d.l.ſi conuenerit, §.fin.ff.pro ſocio*, & cõtraria iuſta cauſa permanendi in dicta perpetua ſocietate, ſiuè communione eſt, quando ex ea excitãtur rixæ, & contentiones, & maius commodum ſequitur ex communione, ſic ex *Menochij doctrina conſ.609. num. 29. lib.7.* teſtatur *D.Marcianus d.diſput.25.ſub n.7.* Ergo expedit
59 eſſe rixoſum, & contumelioſum ad quærendam ſocietatem, vel etiam, vt talis exiſtet quis ad eam diſſoluendam: cùm

Ii 2 in

in vtroque actu acquirendæ scilicèt, &
dissoluendæ societatis non sufficiet præ-
sumptio rixæ, & contumeliæ, sed omni-
nò requiritur eius probatio, vt testatur
Marcianus, ibi fuisse probatum, meliùs
enim est cum gratia emigrare, quàm
cohabitare cùm discordia *Ambr. in lib.
de Patriarchis*, nàm aliàs quilibet rixæ
protextus sufficeret, vel ad acquirēdam
perpetuam communionem, vel ad eam
prorsùs dissoluendam, quicquid sit ad
inuicem non compariuntur eædem cau-
sæ ad acquirendam, & dissoluendam
60 communionem, & melior est ratio, quā
Marcianus adduxit *sub num.8. vers. in se-
cundo vales conuentio, ex Bartholomao de
Capua in const it. cùm per partes Apulea*, vbi
61 dicit, quod hæc communio non est ser-
uitus aliqua, sed quodam aliud ius ab
vna alteri inuicem Vniuersitati conces-
sū *ad text. in l. pecoris, ff. de seruit.* & quod
possit Princeps hanc communionem cō-
stituere, quæ durabit in æternum, & do-
nèc vniuersitates ipsæ durent *ad text. in
l. formam, §. quanquam de censibus, Cancer.
var. resolut. cap. 3. de priuil. num.* 440.
62 Et meliùs secundum *Barbati* inuesti-
gationem *loco cit. sub num.* 31. *vers. secun-
do nota*, quod scilicet hæc communio sit
ius reale, secundùm *Dec. in cons.* 483. *num.*
13. *Cepolla d. tit. num.* 2. *Couar. var. resolut.
lib. 1. cap. 17. num. 11. Rendella de possess.
par. 3. c. 1. Zas. tit. de seruit. rustic. prad. co'.
3. ac lib. 1. sign. respons. cap. 11. Longoualins
in cap. impertum in repet. l. imperium 4. par.
ff. de iurisd. omni iudic. Lanar. cons.* 35. *n.* 2.
63 distinctum ab eo, quod ex aliquo con-
ceditur pacto, vt liceat alteri in fūdo suo
64 pecora pascere, quia tùnc induceretur
seruitus personalis, licet in rem, vt ex
pluribus ipse fatetur etiam *in tract. de re-
stit. in terd. gl. 6. num. 6. ex Couar. var. resol.
lib. 1. cap. 17. num.* 11.
Notans vlterius *Barbatus* optimam
distinctionem positam *à Cassaneo in con-
suet. Burg. rubr.* 17. §. 4. *n.* 4. vbi distinguit
seruitutem iuris pascendi in duas spe-
65 cies, vnam scilicet assignat viuæ pastu-
ræ, quæ cōsideratur eo tempore, quo sūt
glandes in nemoribus, quo casu solet ea
prohiberi *à die Sancti Michaelis sub die
29. Decembris vsque ad festum Sancti An-
drea*, & quod eo in tempore sunt glandes
in siluis, nemoribus, & forestis, alteram
assignat seruitutem vanæ pasturæ, quæ
eo consideratur tempore, quo nulli sunt
fructus super terram, sed omnes sunt re-
collecti post festum *Sancti Andrea*, sub-
dens *Cassan. ibid. num.* 5. quod ad hoc, vt
possit intercipiens habere emendam sui
damni, debet in specie articulare, & pro-
bare, quod tali tempore; scilicet infra fe-
66 stum *Sancti Michaelis*, *& Sancti Andrea*
fuerint animalia reperta, nàm aliàs si ta-
lis qualitas esset improbata, non posset
sequi condemnatio: verum hæc articu-
latio, & probatio non requiritur sic spe-
cificè, quando idem tempus, in quo sit
interceptum, nō potest altercari: quomi-
nùs in alio tempore sit facta pastura:
cùm vt plurimum animalia capiantur à
damnum passis, & illico baiulis consi-
gnentur pro emenda pœnæ: nisi propè
67 principium, vel finem clausuræ illud
contingeret: nempè, si animalia damnum
dantia capiantur post biduum à festo
S. Andrea, & fuissent reperta [illegible] pascen-
dum ante eiusdem diem, tùnc enim, quia
tempus capturæ animalium erat vtile ad
pascendum ob clausuram scommissam,
intentio damnum passi debet bene pro-
bari, & articulari, pasturam fuisse sumptā
per animalia in tēpore prohibito, quod
est notandum in Regno proptèr prohi-
68 bitiones, quæ vt plurimum vigent, ne
scilicet dictis temporibus viuæ pasturæ
immitti possint animalia forestis, nemo-
ribus, & siluis, quæ in multis locis bandi-
tur à die *Dedicationis Sancti Michaelis
Archangeli* vsque ad diem *Natiuitatis
D.N.I.C.* etiam quod in illis habeant ius
pascendi, & aquandi reliqua anni parte.
69 Secunda vrgeret causa diuisionis,
quando scilicèt vna ex prædictis fuisset
dishabitata, tali enim in casu, nè societas
sit leonina, quia Ciuitas, siuè Terra habi-
tata, & hominibus plena sumeret pascua;
ex aduerso autem dishabitata commu-
nione alterius vti non posset, & sic in fa-
cti contingentia respondi pro Dominis
possessoribus *Feudi Candanini* contrà
Vniuersitatem Terra Sepini, quæ intende-
bat vti antiqua promiscuitate pascendi
in dicto feudo dishabitato, per dictum
cap. pondus aquum, in quo determinauit
Maxilla, vt in tali casu reluctari posit,
non

Digitized by Google

non obstante quouis assensu, prout notat *Campagna ibid. & D. Reg. Rouit. in d. prag. 1. de salar. corum nu. 31.* respondens *ad Vrsillum in decis.* 254. & sequitur *D. Marcianus d. disput. 74. num. 15.*

70 Tertia vrgeret causa rescindendi conuentionem quàmuis immemorabilem, & regio assensu vallatam, quando scilicèt pascua pro illa vniuersitate non sufficerent *D. Rouit. in rubr. de pasc. num. 17. Aucnd. de exeq. mand. Reg. cap. 4. num. 21. vers. imò plus dicerem, Surd. de alim. tit. 3 quaest. 9. num. 6. Afflict. decis. 290. Cauar. var. resolut. lib. 3. cap. 17. vers. his vero, Reg. Tapia in d. cap. pondus aequum num.*

71 10., vbi in hoc casu necesse, dicit esse, territoria ipsis Ciuibus non sufficere *Barb. d. cap. 6. sub num. 49. D. Marcian. d. disput. 25. vers. alio etiam casu.*

72 Quarta vrgeret causa, quando scilicèt vniuersitas reperiretur grauata magno aere alieno, & obtinuisset Regiam dispensationem interdicendi Ciuibus vsū Montaneae, aliorumque locorum demanialium ipsius vniuersitatis, maximè si tractaretur de satisfaciendo praecipuè Regiae Curiae pro functionibus fiscalibus, vt specialitèr voluit *D. Praes. de Franch. decis. 197. & D. de Ponte de potest. Proreg. tit. 10. rubr. de alienat. fier. solit. bonor. vniuers. num. 4. & 5.* dummodo prohibitio sit generalis nemine excepto, tā diuite, quàm paupere *Plot. in tract. de in lit. Iur. §. 50. sub num. 33. in fine*, etiam non excepto Barone, quicquid indubius *D. Carolus de Luca obseru. ad Franch. 197. in fine*, & vide quae obseruauit *D. Altimar. d. obseruat. 36. sub num. 15. & seq.*

73 Et attenta tali communione intèr duas vniuersitates, possunt etiam ipsae incidere ligna, & arbores, ramosque arborum etiam prò aedificijs *Paris. de Puteo cap. & reperitur saepiùs an si vna per text. in l. actionis §. fin. cùm seq. ff. de vsufr. Campagna d. cap. pondus aequum num. 8.*, dummodo cùm moderamine, & citrà offensionem fructuum fundi id agant *Anch. cons. 17. vers. fin. Ang. Aret. instit. de seruit. in princ. in gl. continet*, quod intelligitur de lignis mortuis tantùm, nēpè de eis, quae non afferunt fructus, vel si afferant sint aridae, vel aliàs scissae pro vt est generalis consuetudo in Regno,

74 Caeterum, non obstante dicta communitate, posse alteram vniuersitatem facere aliquam defensam in Territorio, & vlteriùs prohibere vsum pascendi in illa vicinis habentibus communionē, voluit etiam *D. Rouitus super pragm. prima de salar. cor. num. 30.* & licèt *D. Capoblanc. de Baronibus pract. quaest. ad pragm. 11. cap. 29. num. 2. circa finem* contrarium attendasset, dicens, quod cùm casus euenerit in S.R.C. sic fuisse decisum, ea potissima ratione, quia id adest prohibitum per *Reg. Pragm. 11. sub tit. de Baron.*, qua prohibetur nè fiant nouae defensae sine consensu omnium illorum, qui in territorijs ius communionis habent; tamèn in contrarium est veritas, ex quo Capiblanci authoritas videtur respicere vniuersalitatem Territorij: quando scilicet altera ex vniuersitatibus vellet prohibere ius pascendi in toto territorio, quo casu non posset, & dispositio Regiae pragm. ab eo ad suam probandam intentionem expensa, vendicat sibi locum in Baronibus, quibus inhibetur, ne faciant nouas defensas, quae non potest, nèc debet ad alios extēdi, quàm ad eos, de quibus loquitur, ratio est, quam adducit *Barbatus noster loco cit. sub num. 50.*

75 *vers. ius tamen*, quia in Barone semper praesumitur impressio, ac aliquid petere ad emulationem, & tyrandicè, vt aliàs diximus *in tract. de assist. quaest. 34. num. 20.*, quod non potest considerari in vniuersitate, in qua non iniqua, sed iusta praesumitur causa prohibendi, qua intercedente, ne dùm potest in aliqua parte prohibere, verùm etiàm in toto territorio, cessante verò causa, quando vniuersitates id facerent ad emulationē, prout erat in casu *D. Capobl. relato* poterit bene substineri eius opinio, & decisio *S.C. ab ipso* relata, ac etiàm pari modo poterit etiam defendi consimilis decisio *Dolan.* apud *Griuell. 66. nu. 54.*, quia agri illius vniuersitatis, quae limitationem fieri quaerebat, non erant vniuersitatis, sed priuatorum, & singulorum, & sic etiàm intelligūtur quae nouitèr adduxit *D. de Luca ad Franch. obseruat. 37. num. 7.* menior *in vers. non purgatur* causae pascendi inter vniuersitatem terrae Collis, & Decorati.

Ad

76 Ad inducendam præscriptionem pecoris pascendi in aliquo loco, necesse est, quod homines illius pascant eorum animalia nomine vniuersitatis, ac de eius mandato, vel ratihabitione opportuna in tempore facta, adeo, quòd non sufficiat probare, animalia singulorum pasculasse in dicto territorio, siuè loco, *Bart. in d. l. sicut §. 1. ff. quod cuiusque vniuers. nom. Cum. cons. 158. num. 4. Ripa responso 101. & 114. num. 3. Crauetta cons. 292. num. 1. Lauar. cons. 83. num. 6. Cepolla in tract. de seruit. rust. præd. tit. de seruit. iur. pasc. cap. 9. num. 22. Virg. Bocc. super Const. Marchiæ gl. 6. num. 68. Carpan. ad stat. Mediol. parte 2. cap. 490. num. 8. Hieronymus de Monte in tract. de fin. reg. cap. 72. per tot. D. Rouit. cons. 30. num. 9. parte 2.* cùm alijs, quos citat, & sequitur *Barb. loco cit. sub nu.* 51. qui refert *sub num.* 52. vnum valdè notabile per priùs positum

77 à *Cepolla loc. cit. num. 26.* quod quando decem, vel viginti vnius vniuersitatis figuli vsi sunt aliquo nemore tempore immemorabili: licèt videatur acquisitum ius illis solis, attamèn si ipsi vsi sint nomine Vniuersitatis, & tanquàm de vniuersitate, ipsi vniuersitati pariter ius quæsitum fuit *Bellon. cons. 40. num. 5. Auend. de exeq. mandat. Reg. d. parte 1. cap. 14. num. 9. 10. & seq.* & modum faciendę communionis intèr duas vniuersitates refert *Capibl. pract. qu. st. ad pragm. 11. de Baron. cap. 8. in princ.*

78 Insupèr sciendum, quòd licèt diuersa sit actio pro socio ab ea communi diuidundo, familiæ erciscundæ, & finium regundorum, quia quemadmodum communi diuidundo iudicium est, in quo tãtum de diuisione rerum ipsarum agatur, & siquid in his damni datum, factumuè est, aut ad eum peruenit de re communi, dixit *Paul. in l. 3. ff. cõmuni diuid.* & oportet res communes esse, ad hoc, vt illud existet *l. 1. ff. eod.* tamen pro socio actio symbola est *l. actione in principio, ff. pro socio.*

79 Insupèr, vbicunque res communis diuidenda est, ibi habet locum diuidundo iudicium: verum hoc iudicium pro diuersitate rerum symbolizatur in aliud nomen, vt si agatur de hæreditate diuidenda, tùnc non ampliùs dicitur iudiciũ diuidundo, sed transit in iudicium familiæ erciscundæ, ob quãdam particularem aduenientem notam, sic etiam erit sym-

80 bola actio pro socio, quæ competit etiam ad dissoluendam, & diuidendam totam generalem societatem *d. l. actione ff. pro socio:* cùm tùnc, sicut iudicium fam. ercisc. sit generale, sic etiam actio pro socio.

81 Rursùs quemadmodum iudicij communi diuidundo, & familiæ ercisc. natura mixta sit, tàm in rem, quàm in personam concessa cohæredibus pro diuidenda hæreditate, *§. quadam actiones instit. de act. l. item labeo §. penult. ff. fam. ercisc. & l. 4. §. sicut ff. com. diuid.* sic etiam actio pro socio, quæ intentatur contra socium, licet sit personalis *Menoch. cons. 122. num. 76. vers. tertio accidit, l. si actum sit 43. ff. pro socio,* & communi diuidundo iudicium habent se, vt excedentia, & excessa, & vna suppletur per aliam, prout notat *gl. in d. l. si actum sit,* & in hoc nihil interest, an ex societate, an sine societate res communis sit: nàm in vtroque casu poterit intentari iudicium communi diuid. *l. 2. ff. commun. diuid.*

82 Et sicuti iudicia comm. diuid. fam. ercisc. & fin. regund. sunt symbola tàm ratione bonæ fidei, *l. actionum autem de act. l. 4. §. hoc iudicium ff. com. diuid. l. non est ambig. C. fam. ercisc.* habêt etiam in eodem bonę fidei iudicio symbolam actionem pro socio, *l. sed in principio, & l. in præpositia, & l. seq. & l. si societatem, ff. pro socio:* tàm etiam ratione personarum, vt scilicèt quilibet esse possit actor, & reus, et quod par causa omnium videatur, et magis eum videri actorem, qui ad iudicium prouocasset. *§. qu. instit. de act. l. 3. § fin. ff. com. diuid. l. inter cohæredes §. qui familiæ, ff. famil. ercisc. l. iudicium, ff. fin. reg.* sic etiam persona socij *d. l. verum §. sicut tres ff. pro socio.*

83 Ideo societatis conuentio personas magis, quàm res inspicit, et proindè ius quoddam fraternitatis dicitur in ea esse, vt nè vltra quàm facere possunt socij ad inuicem damnentur *l. verum est ff. pro socio,* et in ea proceditur de bono, et æquo, sola facti veritate inspecta, *Ang. cons. 79. super primo puncto, Bald. cons. 168. col. 3. Soccin. cons. 131. col. 2. Decian. responso 96. n. 26. vol. 2.* Vltc-

84 Vlteriùs concurrere possunt cum hac pro socio actione, et aliæ aliquando ex eo, quod pactum, factumuè est, vel præscriptis verbis *l. Margaritam, ff. eod.* actio furti, *l. rei communis cum duab. seq. ff. eod.* Æquiliæ legis *l. sed, & si, cùm duabus sequētib. ff. eod. l.* plagium fiat *l. meritò ff. eod.* et proindè hæc actio pro socio rei quoq; persecutoria dici potest, *l. sed actione, ff. eod.* notat *Petr. Greg. Tholos. Syntag. iur. ciuil. vniu. lib. 27. cap. 4. sub num. 26. vers. concurrere possunt.*

85 Potest etiam institutoria actio in eam pro socio symbolizari; et est, quando institor, siuè complementarius voluerit tāquàm socius teneri, et in contractibus societatis celebratis expēdit nomine societatis: tùnc enim tenetur insolidum *Rota Gen. in decis. 15. nu. 10. & in decis. 140. num. 3. & in decis. 165. num. 8. & in decis. 166. in princ. Grat. discept. forens. cap. 179. num. 8. 9. & 10. cum seq.* secùs est, quando institor, vel complementarius non se ingerit, et expendit nomine societatis, per *text. in l. fin. de instit. act.* negotio maximè finito administrationis, ad ea, quæ singularitèr post omnes extollit *D. Præses Merlinus cōtr. for. cap. 51. à n. 11. ad finē cent. 2.*

A R G V M E N T V M.

Societas conuentionalis an sit symbola societati vectigalium, & officij.

S V M M A R I V M.

1 *Societatum species alia est omnium bonorum, alia artis, alia negotiationis, alia officij, & alia animalium, & quæ num. 2. 3. & 4. & alia vectigalium num. 5.*

6 *Communio, communicatio, commercium, comitatum, pactio, fœdus, conuitum, cohabitatio, ordo, & amicitia sunt symbola.*

7 *Socium in itinere relinquere turpe est.*

8 *Societas vectigalium, in quo differat à societate legali.*

9 *Societas vulgaris non transit ad hæredes.*

10 *Societas vulgaris an extinguatur per mortem ciuilem.*

11 *Deportatio bonorum cuius nominis.*

12 *Societas vectigalium an transeat ad hæredes, & quæ requirantur n. 13. & 14.*

15 *Arrendatores vectigalium an possint aggregare socios in arrendamento.*

16 *Societas vulgaris est symbola cum societate vectigalium in negotijs cæptis per defunctum.*

17 *Societas vectigalium quando sit symbola cum societate vulgari ex pacto.*

18 *Societas an transeat ad hæredes per ordinationem Testatoris, & an sit noua societas. 19.*

20 *Societas vulgaris an sit symbola cum locatione pro certa fructuum quantitate.*

21 *Societas vulgaris an sit symbola cum communione, quæ datur in rebus communibus post mortem socij.*

22 *Societas vulgaris an sit symbola cum societate officij.*

23 *Lucra societatis post mortem socij hæredibus communicantur.*

24 *Societatis officia frequentissima in Curia Romana, & quæ sit eius forma.*

25 *Conditiones quæ requirantur ad contrahendam societatem officij.*

26 *Societas vulgaris an sit symbola cum societate officij ad dissoluendum, & num. 27. & 28.*

CAP. II.

1 Societatum species sunt, vt alia sit omnium bonorum, de qua *in l. 1. ff. pro socio*, alia negotiationis, quando duo, vel plures ex negotiatione quæstum, & lucrum acquirunt sibi. Alia artis: cùm
2 vnus ex socijs artem exercet, & lucra, & damna, & impensas habet cum socio communes. Alia est officij: vt cùm quis officio fungitur, & alios sibi socios adiūgit, vel adsciscit, cùm quibus fructus,
3 quos ab officio percipit communicat. Alia est animaliū, vel minutorum, prout
4 sunt oues, capræ, & porci, vel grossorum, qua-

5 qualia sunt vaccæ, busulæ, equi, & simi-
lia. Alia est vectigalium, cùm duo, vel
plures publica vectigalia emunt, siuè
conducunt, & communitèr impensas fa-
ciunt pro soluenda pecunia pro vectiga-
libus, de quibus omnibus speciebus mē-
tionem fecit *Azor. instit. moral. lib. 9. par. 3.
cap. 1. tit. de societatibus, & mandato, & se-
cund. Cicer. 5. in Verrem orat.* in genere
6 sumpta societas trahitur ea ad omnem
communionem, coniunctionem, commu-
nicationem, commercium, comitatum,
pactionem, fædus, conuitum, cohabita-
tionem, ordinem, & amicitiam, prout etiā
notat *Tholos. Syntagm. iur. ciuil. vniuers.
lib. 27. cap. 4. de societate in princ.* & ex di-
uersitate societatis, socius diuersimodè
similitèr nuncupatur, nàm socius propriè
dicitur in periculis, de quo *Tull. lib. 1. of-
fic.* dicens, quod si quis non defendit so-
cium tàm est in vitio, quàm si parentes,
aut patriam deserat; Comes verò dicitur
7 itineris, de quo dici solet, turpe esse so-
cium in itinere relinquere *gl. & ibi Albe-
ric. in l. item apud labeonem, §. abdormisse,
ff. de iniur. Bocr. decis.* 88. *num.* 6. Sodalis
dicitur in mensa.
8 Hæc societas vectigalium, de qua cur-
rit sermo, an sit symbola societati vul-
gari, vel è contra, differt ab ea; quæ ex iu-
ris censura per mortem socij omnino ex-
tinguitur. *l. 4. §. 1. ff. pro socio, l. actiones, §.
morte, l. si fratres, §. idem* respondit *ff. pro
socio, §. solutt. instit. de soc.* adeo, vt ad hæ-
9 redes non transeat, *l. adeo ff. eod.* etiam si
fuerit contracta pro se, & hæredibus,
*l. nemo potest d. l. adeo, & l. verum §. in hæ-
redem, ff. eod. Capyc. decis. 174. num 5. Thes.
decis. 222. Gom. de contract. cap. 5. num. 6.
Ant. Fab. in suo Codice lib. 4. tit. 27. defin. 4.
n. 2. pro socio*, citat, & sequitur *D. Confil.
Hodierna contr. forens. cap. 22. num. 11.* qui
testatur etiam si interuenerit iuramen-
tum *Dec. cons. 350. num. 2. & cons. 48. n. 7.
Seraph. de priuil. iur. priuil. 57. num. 7. D. de
Ponte cons. 90. vol. 2.* quibus adde *Decian.
responso 96. num. 43. vol. 2. Piccard. in §.
soluitur adhuc sub n. 3. inst. Manticā de ta-
cit. & ambig. conuent. lib. 6. tit. 24. sub n. 19.
& seq.* quicquid dixerit *Gugl. de Bened. in
repet. cap. Rayn. in verbo testamentum il 3.*
10 *num. 141.* quod non tantùm morte na-
turali hoc contingit, sed etiam ciuili, ex
maxima, & media capitis diminutione;
*l. 4. §. dissociamur, & l. vtrum §. vlt. & l.
actione, §. morte, & §. publicatione, ff. eod.*
verùm ex deportatione *l. 2. §. 1. ff. de proc.
& l. amissione in princ. cùm gl. ff. de capit.
dimin.* cùm omnes suprapositi mortui lo-
co habentur *l. si necem, §. si deportatus, ff. de
bon. libert. et l. 1. §. quidem filium, ff. de bo-
nor. possess. contrà tab.* nomen enim de-
11 portationis bonorum omnium spolia-
tio est, *l. vlt. § pen. C. de sent. pass. l. tutelas,
§. vlt. vbi Bart. ff. de capit. diminut.* prout
etiam publicatione bonorum egestate,
& excommunicatione poli *Petr. de
Vbald. de duob. fratr. par. 11 num. 1. in fine,*
sed excommunicatione, alter tenet *Abb.
in cap. si verè de sent. excom. in 6.*
12 Societas verò vectigaliū non sic mor-
te, vel alio ex supracitatis modis dis-
soluitur, sed benè ad hæredes transmi-
ctitur *d. l. adeo paulo post principium ff. pro
socio l. 1. ff. de loco publ. Mantica loco cit. nu.
26. Piccard. in §. soluitur adhùc societas n.*
13 8. *instit.* concurrentibus tamèn quatuor
illis requisitis, de quibus meminit *D.
Hodierna loco cit. sub num.* 14., nempè,
quod sint locata publica vectigalia, &
apta sit continuari cùm hærede, & quod
persona succedens sit idonea, & quod
intèr se ipsos non solum, sed cùm loca-
tore ità conuenerit *Ruin. cons. 41. num. 7.
vol. 2., aliàs 91 num. 7. vol. 1 Surd. cons. 20.
num. 5. Grat. discept. forens. cap. 776. num.
24. & seq. D. Reg. de Ponte cons. 90. num. 5.
in fine* quibus adde *Ripa responso 15.
num. 8. de obligat. vol. 2. Petr. de Vbald. de
duob. fratr. parte 11. num. 2 in fine, Azor.
instit. Moral. parte 3. lib. 9. cap. 7. vers. 3.*
14 *queritur*: ac etiàm requiritur, vt socie-
tas ad hæredes transeat, quod plures
conducant vectigalia, vel alia publica
emolumenta, quod plures sint condu-
ctores, & proindè, si locatio in perso-
na vnius tantùm sit facta, non potest
transire, secundum *gl. in d. l. adeo*, ex quo
non sufficit, quod vnus tantùm sit con-
ductor, & super rebus conductis socie-
tatem cùm alijs contrahat: etiàm si spe-
cialitèr actum sit, vt ad hæredes tran-
seat *Ruin. cons. 90. num. 11. lib. 1. Grat. di-*
15 *scept. forens. cap. 547. num. 45.* vbi quæ-
rit, an arrendatores vectigalium possint
aggregare socios in arrendamento, di-
stin-

Digitized by Google

stinguit, aut intendunt aggregare alios, non mutatis primis arrendatoribus, & benè possunt, tanquàm Camera habens plures obligatos, aut intendunt aggregare, siuè subrogare alios, & se eximere, aut liberare ab arrendamento, & dicit, hoc haud fieri posse; nisi Camera consentiat proptèr præiudicium, quod eucnire posset in mutatione personæ, *Petrus de Vbald.d.parte 11.principali nu.*88. *Rota Genua. decis.* 14. *ante num.*43. *Ruin.d. cons.*90. *num.*9.

Est benè symbola societas vulgaris cum societate rerum vectigalium in negotijs cæptis cum defuncto, quæ hæres perficere tenetur, non obstante, quod societas sit per mortem socij resoluta, omnia, quæ ex societatis negotijs perueniunt hæres socij, quamuis ipse socius non sit, explicare tenetur *gl. in l. hæres socij ff. pro socio*, *Ruin. cons.* 216. *num.* 1. *lib.*1. *Dec.cons.*15.*num.*11.*lib.*2., ex ratione effectus societatis, vt scilicèt, quæ pendent ex rebus communibus, & inchoatis negotijs, perficiat hæres, *Mantica in loco cit. sub num.*32., vndè in hoc habetur non tanquàm socius, sed tanquàm hæres, vt *in l.nemo potest.,& l.verum est ff. eod. cùm concord. adduct. per D. Hodiern.d.cap.*22.*sub num.*23.

17 Symbolizatur etiàm hæc societas cũ vulgari societate, quando societas ex pacto conuento ipsius socij, & ipsius societatis, forma, & modus non immutantur, hæc societas benè differt ab ea, quæ morte finitur, & ex noua voluntate hæredis immutatur *Paris. cons.* 82. *nu.* 36.*&* 37. *lib.*1. prout explicauit *Menoch. in cons.*221.*num.*88., *& de præsumpt. lib.* 3.*præsumpt.* 57.*sub num.*8., & hoc deser-
18 uiet ad declarandum tertium casum relatum per *Manticam loco cit. sub num.* 29., vbi dicit, quod societas intelligitur morte resoluta, nisi quis in testamento disposuerit, quod societas post mortem suam cùm hæredibus continuari debeat, præsertim si societas sit cõtracta ad certum tempus *l. in hoc iudicium §. si conueniat ff. com. diuid. Bald. in l. & in princ. in* 2. *notabil. de eond. instit.*, quod *Mantica* intelligit per renouationem per hæredẽ, non per continuationem eiusdem: cùm tùnc succedere debeat reintegratio, dicetur noua societas, & non eadem cùm contracta per defunctum, & continuata per hærem per *arg. l. si id quod §. pan. vbi alia societas inchoatur ff. eod.* cum
19 text. dicat totum contrarium, ibi, *si filius familiàs societatem coierit, d. indè emancipatus à Patre fuerit, apud Iulianum quæritur, an eadem societas duret, an verò alia sit, si fortè post emancipationem in societate duratum est. Iulianus scribit lib.* 14. *ffff, eandem societatem durare: initiũ enim in ijs contractibus inspiciendum: duabus autem actionibus agendum esse. Vna aduersus Patrem, altera aduersus filium; cùm Patre de eo, cuius dies ante emancipationem cessit, nàm eius temporis, quo post emancipationem, societas durauit, nihil præstare patrem oportere; cùm filio autem de vtroque tempore, idest de tota societate: Nàm, & si quid, inquit, socijs filij post emancipationem filij dolo fecerit, eius, non Patri, sed filio actio danda est*, hæc Vlpianus, & concordat *Minad. decis.* 30., de qua meminit *Thoro compend. decis. Regni parte* 1. *in verbo societas ordinata.*

20 Erit rursus symbola hæc societas cũ societate, quam vocant Doctores impropriam, nempè in conductione, & locatione pro certa fructuum quantitate: colonus enim partiarius socius appellatur *l. si merces §. uis maior* vbi *comm. Doct. ff. loc.*, quæ ad hæredes transit *Bal. in l. certi iuris sub num.*6.*C. de loc. & in l.*1.*num.*15. *ff. de fruct. & lit. expens.* & hæc dicetur impropriè societas, vt *in d. §. uis maior*, ibi *quasi iure societatis*, quæ dictio *quasi* denotat impropriè tatem *l.* 2. *ff. de inoffic. testam. & l. si Pater §. qui duos ff. de adopt.*, hæc enim societas etiam ad hæredes transit: secùs est quando pluribus consocijs facta fuit locatio, quia tùnc locatio est symbola cùm societate, & eam recipit naturam, vt finiatur eo modo, quo & societas finiri solet, *Ruin. cons.* 191. *num.*8. *vol.*1.

21 Itèm hæc societas erit symbola cum communione, quæ datur in rebus communibus post mortem socij, quæ erant tempore suæ vitæ, durante societate; in his enim durat effectus societatis, & ad hæredes transit, quo ad ea, quæ pendent ex rebus communibus, seù negotijs incoatis *d.l. hæres socij, & l. verum*

§.in hæredem, *& l.actione §.1., & §.morte ff.pro socio Corn. conf.134. num.11. lib. 1. Ruin. conf.216.num.2.& 8.lib.1.sequitur Mantica loco cit. sub num.32.*

22 Iterum erit symbola hęc societas cùm societate officij, cui adiuncti sunt fideiussores, quorum ab mortem, vel cuius ipsorum non dissoluitur societas, nisi specialitèr fuerit expressum, tametsi in societatibus ratione officij magis spectentur fideiussores, quàm officia, super quibus contrahitur, decisum *in sacro Concistorio Auditorio coram eminentissimo Domino Cardinali Blanchetto in Romana societatis* testatur *Mantica loco cit. in fine*.

23 Denique erit symbola hæc societas quoad lucra, quæ post mortem socij ad hæredes communicantur, quia mors ipsa negotia præterita haud distrahit *l. item §.in hæredes ff.pro socio Bald.conf.77. num.1. lib.2. Ruin. d. conf.90. & conf.91. & conf.216. lib. 1. Dec.conf. 571.num. 6. Ripa responso 13.num.16. de oblig. vol. 2. Riminald. Iun.conf.52. num.114.*, intellige de lucris ante mortem acquisitis, vel quando post mortem de bonis communibus perceptis *Mantica loco cit. sub num.* 37. dummodo non oriantur lucra ex pretio rerum communium, quas ipse socius vendidit, & pretium in aliam negotiationem conuerterit: tùnc non communicantur ea hæredibus socij prædefuncti, quia non solum ex rebus non sunt quæsita, sed benè ex propria pecunia, & industria *l.socium §. qui in eo ff.pro socio, Ruin.d.conf.216.& Petrus de Vbaldis d.parte 11. num.15.*, vide omnino *Griuell. decis.Dolan.8.per totam*.

24 Cæterum, nè sub incerto vagemur, est sciendum, societatem contrahi in officijs posse, quæ frequentissima est in Curia Romana, & tali forma stipulatur.

In Nomine Domini Amen. Per præsens publicum instrumentum, & mei &c.personalitèr constituti N.N.sacri Palatij Apostolici causarum Notarius ex vna, & Paulus ex altera parte, sponte, non vi, inierunt intèr se societatem supèr dicto officio Notariatus, quam tenere, & durare voluerunt adsex menses proximè venturos, & deinde ad beneplacitum ambarum partium cùm disdicta, & intimatione quindecim dierum præcedente, quę fieri possit domi, dimissa copia, in qua societate dictus Paulus posuit scuta ducenta, quæ D.Petrus, ab eodem D. Paulo præsente in mea Notarij &c. præsentia in promptu, & numerata pecunia, recepit, & ad se traxit, de quibus &c. exceptioni &c., & illa restituere promisit eidem Paulo præsenti &c., seù cui ipse Paulus cesserit in simili specie, statim finita præsenti societate, absque exceptione, & illa durante, facere participem dictum Paulum in fructibus ordinarijs, & extraordinarijs dicti officij pro rata parte, quam partem proptèr incertitudinem fructuum dicti officij, & fastidia computorum, quæ desuper oriri, & esse possent, dictus Paulus conduxit à dicto Petro ad rationem scutorum duodecim similium pro quolibet centenario in anno, quæ solui debent de semestre in semestre, & in principio cuiuslibet semestris, & sint libera, & exempta ab omni onere ordinario, & extraordinario, decima, subsidio, compositione quauis authoritate impositis, & imponendis, in euenctu belli, pestis, obitu Pontificis, Consilij, etiàm ipso D.Petro officium ammittente, seù committente, & in quoscumque alios casus, & euentus, qui esse possent, cùm pacto, dicta scuta duodecim similia semper currant, & debeantur ad eandem rationem in omnes dictos euenctus, sic post finitam seù disdictam societatem, vsque ad integram, & realem dictorum scutorum ducentorum restitutionem loco damnorum, & interesse, quæ ad tantundem dicti contrahentes existimarunt, & taxarunt. Super morte verò conuenerunt, quod moriente dicto Paulo ante dictum Petrum, durante societate huiusmodi, morte tamèn naturali, non violenta, non vi, ferro, nec veneno, seù alitercumque inflicta ab homine violentèr, quod dictus Petrus lucretur dicta ducenta, & teneatur tantùm ad solutionem fructuum decursorum non solutorum. in omnes autèm alios casus, et euentus tàm dictus Petrus idem dictus Paulus ad dictam scutorum ducentorum solutionem, & restitutionem, et dictus Paulus sponte confessus fuit, habuisse dictam ratam partem conductam, seù fructus primi semestris ab eodem D. Petro de quibus etc..

Vlterius conuenerunt, quod dictus Dominus Paulus possit nominare aliam personam, et

& in eum periculum notatis, et dicta scuta ducenta cùm omni iure, quod habet virtute præsentis obligationis, et instrumenti; tàm coniunctim, quàm disiunctim, dictasque pecunias in totum, seù in partem arbitrio suo transferre, et se in totum, vel in partem excludere, quæ persona possit, et valeat vti præsenti instrumento, et contrà quoscunq; alios virtute agere, et experiri in iudicio, et extrà in omnibus, et per omnia prout ipse Paulus posset si illam nō numerasset, adiecto pacto, quod dictus Paulus teneatur eandem nominationem, et translationem intimare, et viuere post decem dies post factam intimationem, quæ etiam valeat domi, dimissa copia, et Iudex prædictus promisit dare in fideiussores huic societati, qui personalitèr accedant T. T. quos licet absentes, me Notario, etc. indemnes releuare promisit; et insupèr promisit, quod moriente, seù conditionem deteriorante vno, seù quolibet ipsorum, debeat alium, seù alios, aquè idoneos, qui eo modo accedant.

Aliàs voluerunt dicti contrahentes, quod ipse dictus Petrus teneatur ad restitutionem, et solutionem omnium, ad quæ teneretur si societas esset finita, præsentibus, opportunis, etc. hanc minutam posuit *Azor. d. lib. 9 cap. 8. sub lit. A. B. C. et D.*

25 Ex qua quidem officij societatis formula plures cōditiones adnotauit *Azor.* ad illā conualidandam, primam, nè fiant pacta contrà bonos mores. & vt re vera sit officium, in quo societas ipsa consistat cùm suis quæsitis, & declarationibus. Secundam conditionem, nè is, qui habet officium, & pecuniam accepit in societatē, plures socios asciscat, aut plus pecuniarum accipiat, quàm officij æstimatio postulet, exemplum, officium valet quingētum, nequit officialis accipere sexcētos, vt apud *Azor. in secunda conditione in suis appendicijs cap. 9.* Tertiam notat conditionem, vt socius; quem sibi adsciscit is, qui habet officium pecuniam numeratam coram Notario, & testibus soluat, vt probat *Azor. loco cit. cap. 10. in princ.* Quarta conditio, quæ intercedere potest in hac societate, ea est, vt si intra sex mēses Titius, qui dat pecuniam decesserit, Caius, cui datur pecunia, sibi centum lucretur: ità vt nihil restituere cogatur, & liberum est Titio intrà quindecim, vel viginti dies alium, quem voluerit nominare, cuius vitæ periculum apud Caium sint cētum, quæ dedit nimirùm, vt Caius, & tāquàm sua retineat, si is quem Titius nominauit intrà semestre moriatur, hanc conditionem iustam esse affirmat *Azor. loc. cit. cap. 11.* quia ob periculum vitæ, cui Titius suas exponit pecunias iure lucrari potest, seù intrà semestre, vt lucrum ex centum, quæ conditio propria est huius societatis non concernens alijs societatibus. Quinta conditio, quam adducit *Azor. cap. 12.* ea est, vt is, qui habet officium, & pecuniā in societatem accepit, eas restituere debeat in omnem euētum, si is, qui dedit, vixerit ad sex menses, idē debeat quoque soluere certam lucri partem videlicèt ad semestre. Sexta conditio est, vt qui habet officium, & centum accipit ad sex menses soluat, seù tāquàm lucrum, & fructum ex centum, quam cōditionem iustissimam probat similitèr *Azor. loco cit. cap. 13.* ex eo, quia si in Curia Romana officia non sunt æqualia, quoad redditus: tamèn ratione periculi, & incerti futuri euentus possunt æqualari ad rationem duodecim pro centenario. Septima est conditio, quæ concurrere debet hac in societate, vt qui habet officium, & pecuniam accipit in societatem lucrum soluit anticipatè. Videlicèt in principio semestris, quod esse speciale in hac societate testatur *Azor. loco cit. cap. 14.* cùm contrarium sit in cæteris vulgaribus societatibus, in quibus lucrum non communicatur: nisi finita societate. Octaua, & vltima conditio, quàm similitèr posuit *Azor. loco cit. cap. 15.* & de consuetudine approbata est, vt is, qui habet officium centum recipit in societatem, soluere debet, & ad semestre tanquàm lucrū ex centum in omne euentum; etiam si amittat, vel omittat officium. Imò post finitam quoque, aut solutam societatem, donèc qui accepit cētū re ipsa restituat.

26 Hæc officiorum societas quoad dissoluendum est symbola cùm societate vulgari, quia quemadmodum societas vulgaris morte soluitur, vt supra probauimus, & est indubium apud iuris elementa, sic etiam hæc societas *l. qui admittitur l. nemo potest, ff. pro socio* in puncto sic voluit *Hier. Gabr. cons. 63. sub num. 17. & 18.*

& 18. ratio est; quæ magis viget hac in solutione, quia mutatione personæ, in quã transit officiũ, finitur societas, sed sic est, quod officio sit cõstituta societas, ergo, officio non extante, non manet societas: officium enim, quod vacat reddit ad superiorem, cuius est, & vendere, transferre, & donare cui voluerit, & tradere ad eius libitum absq; omni onere; tunc hæres eius, qui habebat officium, vel fideiussores, quos dedit, cùm pecunias in societatem accepit, coguntur principalem pecuniam restituere ei, qui dederit in societatem.

27 Secundò, sicùt vulgaris societas dissoluitur per mortem ciuilem, nempè per maximam, & mediam capitis diminutionem, per deportationem, & ingressum religionis, sic etiam hæc officij societas, *§. publicatione instit. de societate*, & in hoc casu, ex quo etiam ex isto capite officiũ redit ad dominũ liberũ ab omni onere, eius fiscus nõ tenetur pecuniam datam in officij societate reddere; sed benè hæres possidentis officium, vel eius fideiussores ad hunc effectum dati, vt voluit *Azor. loco cit. cap. 16. lit. E. vers. quæres*.

28 Tertiò soluitur hæc societas: cùm principalis, qui habet officium, illud vẽdidit, vel ad alium transtulerit, accedente authoritate, & Domini consensu, quia tùnc, ex quo etiam caret officio, non est in quo potuit societas substineri, nec emptor, nec is, ad quem est trãslatum dominium officij, aliquid debet ei, qui pecunias dedit in societatem, quoniã nulla est cùm eo contracta societas, & officiũ liberum accipit authoritate, & consensu Domini, in vendentem officium benè potest is, qui dedit pecuniam experiri, vel contrà eius fideiussores agere ad repetendam pecuniam, quam in societatem officij dederat *Azor. loco cit.* qui loquitur naturali ratione excerpta à natura eiusmodi societatis absque aliqua alia authoritate, vt assolet, possunt accomodari quæ scripsit *Mantica loco cit. ad finem cùm adductis per Gabr. d. conf. 63. n. 15.*

ARGVMENTVM.

Societas vulgaris an sit symbola cùm societate animalium, quam dicunt soccidam.

SVMMARIVM.

1 *Societas differt à soccida.*

2 *Societatis, siuè soccidæ materia est periculosa.*

3 *Soccida animalium pluribus modis concipitur.*

4 *Animalia data ad custodiam an constituant soccidam.*

5 *Recipiens custodiam animalium, de quo teneatur, & num. 9.*

6 *Probatio interitus animalis an rectè fiat per ostensionem pellis, & n. 7. distinguet.*

8 *Culpa custodis quando non præsumatur.*

10 *Probatio casus fortuiti cui incumbat, an Pastori, vel Domino animalium, fuisse scilicet Pastorem culposum.*

11 Gl. in l. si creditor in verbo se perdidisse, C. de pign. act. *declaratur ab Auth.*

12 *Dominus quando impunè possit pasculare suum equum in Territorio alieno, & num. 13.*

14 *Animalia sumentia pascua contrà formam Constitutionis*, cùm per partes Apuleæ *ad quid teneatur.*

15 *Diffida quæ dicatur.*

16 *Pœna cõmensuratur cũ grauitate culpæ.*

17 *Animalia intercepta quomodo liberanda, & traditur praxis sub n. 18. & 19.*

20 *Animalia Concinium ad quid teneãtur.*

21 *Animalia quibus modis dari possunt ad locationem.*

22 *Animalia data ad meliorandum quem constituant contractum, & n. 23. & 24.*

25 *Animalia data, vt commodum, et incommodum sint recipientis, quem contractum instituant.*

26 *Negotiatio facta de animalibus cùm libera facultate ei, qui recipit animalia, vt eis vtatur, an socida, vel alius contractus.*

27 *Contractus in dubio regulatur secundum*

dum patriæ consuetudinem.

28 *Soccida quando est symbola vulgari societati.*

29 *Animalia grossa data inæstimata sine terra quam societatem pariant, et in quanto tempore duret in dubio nu.30.*

31 *Societatis qualitas, quæ sit quando animalia traduntur inæstimata cùm terra.*

32 *Negotia plurima sunt, quàm vocabula.*

33 *Ius societatis est, velut ius fraternitatis.*

34 *Societatis vulgaris ius, in quod idem sit cùm societate animalium.*

35 *Animalia data cum pacto, et onere custodiendi, et alendi quomodo suscepta intelligantur, et an teneatur custos de casu fortuito n.36.37.38.40.41.42. et 43.*

39 *Prædium æstimatũ datum viro ab vxore quando venditionem faciat.*

44 *Animalia naturalitèr euadunt cõtrària.*

45 *Animalia recepta ad mediam lucri, et damni, an deperdita ex aliquo sinistro casu cedant in damnum recipientis, vel dantis, et 46.*

46 *Animalia data ad caput saluum quando dari possunt.*

47 *Vacca ad arandũ quo pacto dari possunt.*

48 *Societas quomodo contrahitur in animalibus minutis.*

49 *Consuetudo loci attendenda circa soccidam animalium.*

50 *Societas animalium minutorum* all'ammessa *quomodo contrahatur.*

51 *Pacta quæ fieri possunt in soccida animalium minutorum, & n.52. & 53.*

54 *Portio quomodo sit facienda, siuè interpretanda in soccida, ad euitandas vsuras remissiuè.*

C A P. III.

1 IN eo differre societatem à soccida omninò statuunt I. C. vt scilicèt societas vera non transeat ad hæredes, prout notat *Osasc.decis.76.nu.8. & decis.150.num.1.* nisi sit pactum, vt transeat ad hæredes, vt in præcedenti capitulo satis diximus, soccida verò benè transit ad hæredes *per text. in l.actione, §. morte ff. pro socio, Petrus de Vbald.tract. de duobus fratr.par.8.q.20.n.2. in princ.*

2 Eiusmodi societatis, siuè soccidæ animalium; de qua *in l.pascenda pecora, C.de pact.* est procuídubio in pluribus valdè periculosus contractus, qui & si frequẽtissimus in toto ferè Orbe Terrarum; non tàm clarè reperitur declaratus per Doctores, vt sufficiat, rusticumque, qui minùs iuris notitiam habeat, *l.quicumque, C.qui admitti,* hanc societatem frequentantem ab ore leonis eruere, & liberari: proindè pleno calamo degustanda eiusmodi materia.

3 Quapropter sciendum est, negotium
animalium pluribus modis esse in com-
4 mercio nostro. Primo esse potest in illo
modo, quando dominium animalium
nullo modo transfertur, & sic animalia
nullatenùs communicantur, sed sola custodia, aliquo dato, vel recepto, & tùnc non est soccida, sed benè contractus locationis, & conductionis *l.si quis fundum §.Celsus vers. si quis vitulos, ff. locati, l.si merces, §.qui columna, ff.loc.l.non solet, & l. qui mercedem, ff. eod. & l. naturalis, §.vt cùm do ff.de præscript.verb.* & proindè recipiens custodiam animalium tenetur
5 de periculo, & damno dato ab alio,
quod potuit per custodiã reparari *Bart.*
in l.qui mercedem ff.eod. & nõ sufficit tali
6 custodi, quod portet domino pelles ani-
malium, quæ dicit, mortua esse, nisi probet ipsa esse mortua, vel naturalitèr, vel quia occisa sunt ab alio, secundùm *Bald. in l.cùm ità, §.species, ff.de legat.2. Ias.in l. quod te ff.si cert.petat.not.3.* refert *Cassan. in consuet. Burg. rubr.4. §.23.vers.1.col. 774.in fine.*

7 Sed tu distingue, secundùm notabilitèr volit *Vrsill. ad Afflict. decis.250. sub num.26.* intèr animalia, quæ gregatim depascunt ab alijs: nàm in his, quæ gregatim depascunt sufficit per coniecturã probari mortem, secùs in alijs, secundùm *Dec.in d.l.pascenda,* & ante eum *Bart.in l. quoad præsens C.de monil. lib.11.*

8 Nec culpa custodis præsumitur, quãdo animalia dimittuntur pascenda in locũ, quo communitèr cæteri dimittere solebant, & postmodum talia animalia furto substrahuntur, vel à lupo occiduntur, secundùm distinctionem, quam adhibuit *Boer.decis.218.in fine,* & post eum *Borell. cons.18.sub n.28. & 30.* qui loquitur in socio, & si quis commiserit custodiam pecorum puero, cuius negligentia pe-
9 reunt, non tenetur, si erat consuetudo cõ-
mit-

Digitized by Google

mittendi similes custodias pueris *Bald. in consil.441. quidē Magister col.2. in princ.* sequitur *Decian. responso 29.n.17.vol.1. Polyd. Ripa de nocturno tempore cap. 79. sub num.6. & seq.*

10 Redditur dubia quæstio, cui nàm incumbat onus probandi, adfuisse culpā pastoris, vel casum fortuitum, pastori, vt ipse probet casum fortuitum, & præsumatur culpa, vel domino adfuisse culpam pastoris: etsi *text. sit clarus in l. si quis domum, §. Imperator, ff. locati*, ibi, *Imperator Antonius cùm Patre suo; cùm grex esset abactus, quem quis conduxerat, ita rescripsit, si capras latrones citrà tuam fraudem non abegisse probari posset, iudicio locati casum præstare non cogeris*, & licèt *gl. in verbo probari posset*, dicat quod probat

11 etiam alia *gl. in l. si creditor in verbo se perdidisse C. de pign.* satis probari abesse culpam, si non probatur adfuisse, super hoc videntur aduersari *gl. dispositioni dicti text.* prout excandelcit *Polyd. Ripa d. cap.79.n.4.* quia glosæ prædictæ alloquūtur, quādo esset probata culpa, quæ benè nō probata abfuisse præsumitur, per iura *à Mascardo* allegata *concl. 468. in princ.* non per hoc fatentur talitèr esse contrà *text.* qui est in exceptione, & limitatione regulæ, secundùm eundem *Mascard. loco cit. sub num. 18. vers. secundo loco limitabis, Vin. decis.1. num.11. Gargier. patroc.58. cent. 2. col.2. Carpan. ad stat. Mediol. cap. 484. num.36. & seq.*

12 In casu verò, quando Dominus, vel pastor teneretur ad damnum illatum per animalia in pascuis alienis, de quibus *per Capic. decis.45.* non habebit regula illa locum, quando transiens per terram aliquam voluerit pasturare suum equum, impunè ipsi equo porrigere poterit quanto propinquiùs iuxtà viam stans in loco poterit complecti ad reparationem dicti sui equi lapsi ex itinere, & quod ei liceat vti herba ex viridi sylua, sinè tamen vastatione aliqua, pro sua cōmoditate, & necessario vsu, testatur *Barbatus de diuis. fruct. par.1. cap.6. sub n.86.* dicens hoc extare in Regno *Constitutionem cùm per partes Apuleæ*, cuius vigore permittitur animalibus transeuntibus de vna contrada ad aliam, vt per 24. horas diurnas, & sic per vnam diem, & vnam

13 noctem possint sumere pascua in terris alterius, dummodò tamèn non dederint damnum frugibus, quamuis malè seruari per officiales Curiæ, & Baronum dispositionem ipsam, testatur *Andreas in d. constit. num. 43.* quam constitutionem locum habere, testātur *Afflict. decis.290. in princ.* inibique *Vrsill. in princ.* quando animalia venirent de vna contrada ad aliam per vnam dietam, vel per duas; secùs autem si oues, vel alia animalia de vna contrada vicina ad aliam fuissent ducta, & per transitum per vnam dietam sumpserunt pascua.

14 Cæterùm sumentia animalia pascua contrà formam dictæ Constitutionis possunt intercepiari ad finem, vt eorum dominus soluat fidam, & diffidam Domino Territorij, quæ diffida dicitur pœna

15 spreti mandati, & banni, pro qua non exigitur tota pœna in banno contenta: sed solum aliud tantum, quod importat fida, & ità vsu receptum esse, testatur post *Frecc. Capiblanc. de Baron. pragm.11. n.82.* affirmat *Barbatus loco cit.* nisi ex proposito, & causa fuissent animalia immissa, quo casu *Freccia de subfeud. lib.2. auth.46. n.3.*

16 dicit grauiorem esse culpam, & successiuè pro ratione culpæ debere pœnam commensurari *arg. l. capitalium, §.1. ff. de pœnis*, & sic per *S.R.C.* fuisse decisum, habendam scilicèt esse rationem de modo immissionis, de numero animalium, de qualitate immittentium animalia, ac de pluralitate immissionis, testatur *D. Rouit. in pragm.1. n.2. de offic. Baiuli*, vbi habere etiam id locum testatur, non tantùm quādo quis immitteret, sed etiam si simplicitèr patiatur, & prohibere potuit, & noluit, quæ quidem pœna diffidæ, vt constituatur, requiritur, vt præcedat bānum de non immittendo animalia in pascua vetita, secùdùm *Afflict. d. decis.290.* vbi dicit banna prædicta expirare per decessum, aut mutationem officialis, qui

17 ea emanare fecit, & talis fida, & diffida omninò soluenda per Dominum animalium interceptorum, in tantùm, quòd dicta animalia non erunt liberanda, nisi soluta priùs pœna fidæ, & diffidæ *Rouit. loco cit. num.4.* vel saltim, vt faciat damnum dans actuale depositum de ipsis *Capibl. d. pragm.11. num.85.*

18 Est

Digitized by Google

18 Est benè verum, quod quando peteretur immoderata pœna fidæ, & diffidæ, debent damnum dantes recurrere ad superiores, qui expedient prouisiones, quod facto deposito alicuius certę quātitatis per ipsum superiorem Iudicem
19 arbitratæ secundum numerum animalium interceptorum, & præstita cautione de soluendo quicquid plus fuerit iudicatum, animalia intercepta excarcerentur, & consignentur ipsis dominis, ne macerentur in stabulo: si tamèn animalia sint exterorum.

20 Respectu verò animalium Ciuium aliud cauetur per *Regiā Pragm. primam de officio Bauli*, per quam dispositū est pro pœna, vt Baiulus non excedat vnū augustale, constito de damno saltim per vnum testem, & iuramentum inuenctoris: nisi tamèn animalia pars ipsa in manu haberet, quo casu statur eius partis assertioni cum iuramento, quod extendit etiam in manu officialis, & pœna non poterit excedere quantitatem dāni: quinimo si damnum excederet vnum Augustale, pœna non excedat Augustale, & quod pœnæ satisfactionem non poterit procedi per Baiulum, nisi fuerit satisfactum priùs de damno sibi illato, cætera vide ad materiam de officio Baiuli, quæ fusiùs adnotauimus *in tract. de assist. q. 26. & 27.* quibus nùnc adde *D. Carol. de Luca obseruat. 397. ad D. de Franch.* qui etiam confusè explicat, prout cæteri officium, & naturam prædicti officij, vt est videre penès eum, adde in materia damni dantium, *Auend. de exeq. mandat. Reg. cap. 13. p. r totum, Griuell. decis. Dolan. 149. per tot.*

21 Hic primus suprapositus modus negotiationis dandi animalia ad locationem, & conductionem dupliciter fieri potest, aut enim qui dat centum oues rustico, locat ad aliquos vsus, certo prætio à rustico accepto, & rusticus ab eis fętus, lanam, lac, et pelles, aut vt suum agrum stercoret, aut conducit rusticus tauros, vel equos, vt vaccas suas, vel equas fecundent, vel vt agros suos colent; et tūc, qui tradit animalia, et recipit tenetur legibus non societatis, sed locati, et conducti, et proindè dans animalia nihil aliud ab eis percipere potest, nisi prætiū locationis iustum, et debitum, et in hoc casu periculum animalium est pęnès dātem animalia, ceù pęnès ipsum residens eorum dominium, aut secundùm modū iàm supra proximum, quando scilicet qui recipit animalia locat operam ad custodiendum, et pascendum, mediante iusto prætio, de quo patet apud *Carpan. loco cit. sub num. 58. vers. sed aduerte.*

22 Secundo contrahitur hæc animalium negotiatio, quando animalia traduntur, vt dominium totum in recipientem trāsferatur, et dantur ad meliorandum, et tùnc dicetur contractus innominatus *non do, vt des*, sed *do, & reddes*, vt diximus *in 2. cap.* et ad hunc competit actio præscriptis verbis; licèt hic contractus fiat sæpè in traditione areæ, etiam animaliū, secundùm *text. in l. si tibi area ff. de præscript. verb.* adnotauit *Cassan. loco cit. sub num. 63. vers. secundo contrahitur* verba
23 *text.* talia sunt, *si tibi area mea dominium dedero, vt insula ædificata mihi partem reddas, neque emptionem esse, quia pratij loco partem rei meæ recipio, neque societatem, quia nemo contrahendo societatem rei sua dominus esse desinit, sed si puerum docendum, vel nutriendum, vel pecus pascendum tibi dedero, ità vt si post certos annos venisset, prætium inter nos communicaretur, eo quod hic dominus esse non desijt, qui primus fuit, competit pro socio actio, igitur si quis areę dominium non transtulerit, sed passus sit, nè sic ędificare, vt communicaretur, vel ipsa, vel prętium, erit societas.*

24 Vndè distinguendum, quod aut datur animal, vt meliùs fiat, et deindè commune sit vna cùm fructu, et commodo eius, et elapso anno, qui est constitutus, meliùs factum non sit, debet integrum restitui ei, qui dedit, quia datum fuit ex causa, qua non secuta, restituitur *l. 1. ff. de condit. caus. dat. & caus. non seq.* nisi absque dolo, & culpa eius, qui recipit, vel deterius factum sit, vel perierit. aut meliùs factum sit, & tùnc prætium meliorationis erit cōmune, & in hoc est symbola hæc societas cùm vulgari societate, quia animal est commune redditum, & proindè is, qui dedit alterum facit etiam Dominum animalis, ità vt vterque sit insolidùm Dominus, & proindè emolumentum est commune, vt etiam damnum, & periculum,

acce-

accedente contrahentium animo societatis coeundæ, sin minùs, contractus est innominatus, *do, vt facias*, vel *facias, vt des*, vel meliùs, vt diximus, *do, & reddes, do* scilicèt immelioratum, & *reddes* melioratum, ad propositum vide *Carpan. ad stat. Mediolan. cap. 482. num. 9.*

25 Tertio contrahitur hæc negotiatio, quando animalia æstimata traduntur, vt commodum, & incommodum sit recipientium, tùnc enim resultat contractus emptionis, & venditionis *ad text. in l. æstimata, ff. solut. matr.* & hinc est, quod is, qui dat animal, nihil preter prætium exigere potest, quia vendit, dilata ad tempus solutione pretij, quare, si aliquid vltra pretium acciperet, vsuram committeret *cap. consuluit, & cap. in Ciuit. de vsur.* ratio est, quia pluris venderet, quàm valeret animal quoad pretium solutionis expectet, nisi emptor animalium fructus recepisset ex animalibus emptis, & morã commisisset, non soluendo pretium, quia tùnc venditor petere posset dictos fructus tanquàm interesse *l. curabit C. de act. empt. Cassan. loco cit. n. 59. vers. quarto casu.*

26 Quarto contrahitur hæc negotiatio quando traduntur animalia cum libera facultate ei, qui recipit animal, vt eo vtatur sicut voluerit, ità vt possit illud distrahere, & vendere, ità tamen vt tantundem, quantum valet ipsum animal reddere debeat; tùnc enim hic contractus erit symbolus mutuo, perinde ac si Titio Caius tantam daret pecuniam, quanta animal extimatur, vt tantudem reddat, quantum est datum: & ideò si dans ex animali sic dato reciperet lucrum, furtũ committeret, & vsuram saltim implicitam, secundùm *Azor. loco cit. vers. sexto quæritur.*

27 Quinto casu quando sumus in dubio, quod de facili contingere potest, quoties morerentur principales contrahentes, & tùnc attendi debet quod consuetum est in Patria fieri, ex quo illud, quod conuẽtum est, in dubio inter partes actum videtur *l. quod si nolit, §. quia assidua, ff. de ædil. edict. l. si priùs §. placuit ff. de aqua pluu. arc. cùm côcord.* & secundùm consuetudinẽ suę Patriæ testatur obtinuisse *Cassan. loco cit. sub num. 61. vers. quarto casu in causa propria*, & in hoc nemini fit præiudicium.

28 Sexto casu quando in specie animalia dantur, vt commoda, alimẽta, fructus, impensæ, & damna sint communia, & tùc talis contractus est symbolus vulgari societati *ad text. in d. l. pascendũ, vbi gl. & toto tit. ff. pro socio*, et in tali casu duo sunt considerandi casus.

Primus si contrahatur societas in animalibus grossioris generis, vt Bouum, Vaccarum, Iumentorum, siuè equorum, quorum fructus in eo anno regularitèr non ascendit ad valorem matris.

Secundus casus si contrahatur super animalibus minutis, vt pecoribus, porcis, capris, & muntonibus contingere potest pluribus modis.

29 Primo quando inæstimata sine Terra dantur animalia grossioris generis, & tùc dicendum, quod aut nullum pactum est intèr socios de capitali, aut fructu, & tùc societas secundum quædam iura extrauagantia *in libro feud. in fine 10. collat. &*

30 *in rubr.* est societatis iumentorum, & in nigro talitèr dissposuit. *Si quis dederit iumenta iure societatis, ille, qui accipit, debet tenere per quinque annos si nihil dictum est de tempore, & omnes pulledri debent esse communes, & id quod quæsierint tempore triturationis, & in capite quinque annorum separatur societas, & ille, qui dedit debet habere iumentum ante partem, sed ille, qui accipit dedit tertiam partem scilicet (dicit gl.) partem pretij, & in emendo iumentum: tùnc iumenta, & omnia partienda sunt per medium, & si amiserit lucrum culpa sua, quia non benècustodierit, & coirum ostendere potuerit, vel caudam, tunc debent emendare*, sic per extensum reportat *Cassan.* verba *text. respons. 1. casu*, de quo mentionem etiam fecit *Ang. in verbo societas il 2. sub num. 6. vers. si verò fuerit circa tempus*, & in casu mortis, subdit *Cassan. loco cit.* non sufficere ostendere animalis interiti coirum ex doctrina *Ioan. Andr. in cap. auditis de præscript.* vbi in facto habuisse fatetur in Ciuitate Bononiæ, & obtinuisse contrà quendam bidellum habentem equam ad vecturam pro eundo ad certum locum, & probauit per Comites itineris, quod equs, quem equitabat, naturalitèr perieret, & ex quo non probatum fuit, illum equm, quem conduxerat, fuisse mortuum, quod probare

bare debebat per ſigna, probatio eum
non releuabat, quam deciſionem com-
probat *Alex.in conſ.118.,& 119.vol.1.*,
& defendit etiàm *Iaſ.in l.2. in fine C.de*
bonor.poſſeſſ.ſecund.tab. Felin.in cap.cùm
Ioannes in 3. col. de fide inſtrum. ſigno
enim probatur, animal eſſe domini ſi-
gnantis ſui ſigni, pro vt in qualibet re
ſolita ſignari à domino ſuo ſigno ſignā-
te *Maſcard.de probat. concl.91.per tot.*, &
ad hunc caſum vide *Garg. d. conſ. 58. in*
eadem Ciuitate Bononia incipit in cauſa
equæ mortua.

31 Secundo, quando traditur animal
inæſtimatum cùm terra cultiuanda, ſci-
licet ponens bouem, & terram paciſci
poteſt de fructuum terræ parte maiori
recipienda: cùm ruſticus tantùm expen-
ſas ponat, niſi opera, & induſtria ru-
ſtici magis æſtimetur, quàm fructus bo-
uum, & terræ, quia tùnc pro medieta-
te, vel magis, & minus, prout quali-
tas ſocietatis expoſcit *l. ſi non fuerint ff.*
pro ſocio debet fieri partitio.

32 Verùm ſolent intèr partes aliqua in-
tercedere pacta: cùm plurima ſint homi-
num negotia, quàm legum vocabula *l.4.*
ff.de præſcript.l.non poſſunt ff. de legib., &
in primis quæri ſolet an poſſit eſſe pa-
ctum, vt is, cui dantur animalia, ſuo ſu-
ſcipiat periculo, non quidem vi ſocie-
tatis, ſed bene ex vinculo pacti, dicunt
in hoc puncto, eſſe communem Theolo-
gorum, & iuris conſultorum opinionem,
hunc contractum eſſe contra naturam,
33 & ſubſtantiam ſocietatis, quia ius ſo-
cietatis eſt veluti ius fraternitatis, atqui
intèr fratres vnus non omnem pericu-
lum ſubſtinet, & altèr ſolum lucrum,
ergo, & *Angel. in verbo ſocietas 2. num.*
3. dicit quod tametſi hoc fieri poſſit iu-
re aſſecurationis in vulgari ſocietate,
in animalium verò nullatenùs eſt con-
cedenda, rationem aſſignat, quia non
eſt idem iuris in vtraque ſocietate, quē-
admodum pecunia, quæ in commune
confertur in vulgari ſocietate, aut pe-
rit, aut ſalua manet, nunquàm tamèn
melior reddi poteſt; ſed ſi animalia in
ſocietatem dentur, ſi ſalua manent, me-
liora fiunt, atqui contrà naturam ſo-
cietatis ſit, vt totum emolumentum, &
commodum animalium ſit vnius: alte-
rius verò ſit totum periculum, & dam-
num, ergo omnino in hac vltima ſocie-
tate ceſſare debet eiuſmodi pactum,
quod etiàm extollit *Caſſ.loco cit.col.777.*
verſ. 1. caſu, quando ineſtimatum, ratio
eſt, quia illud animal, quod ineſtimatum
datum eſt, præcipuum eſſe debet ipſius
ponentis *l.ſi duobus §.ſi in coeunda ſocie-*
tate ff.pro ſocio, quodcumque ergo (ſub-
dit ipſe) aliud pactum, quod circa il-
lud fieret, nō videretur æquale, & æqua-
litatem continere, nàm ſi ſocius perdat
capitale ſuum, ſatis eſt alter perdat ope-
ras ſuas, vndè conſtat, quod non lice-
ret illi, qui animal poſuit ineſtimatum
in ſocietate paciſci, vt de primis fructi-
bus capitale ſuum detrahi poſſit.

34 Cæterùm *Syluester in verbo prædicto*
*ſocietas 2.quæſt.*8.§.2.tenet totum oppo-
ſitum: idemque ſcilicèt eſſe iuris in vul-
gari ſocietate, & ſocietate animalium,
quam opinionem ex caſu receptam ap-
probat *Azor. loco cit.lit.D.verſ. mihi au-*
tèm, dicens, quod licet prima facie
vtraque ſocietas videatur contracta cō-
trà ſubſtantiam ſocietatis, & intèr eaſ-
dem nullum aſſignari poſſit diſcrimen,
quia reprobato pacto, non ſit vſura: ta-
mèn quia ſumus in pactis ſaltim ex vi
contractus aſſecurationis, ſubſtineri po-
teſt.

35 Secundo poſſunt animalia dari hoc
pacto, ſub onere ſcilicèt cuſtodiendi,
& alendi benè, & debitè, & ipſa ab om-
ni periculo, & caſu (morte naturali ex-
cepta) eximendi, ſi poſtmodum con-
tingat, animalia prędicta caſu decedere,
an teneatur recipiens ad pretium, hanc
quæſtionem examinat *Ioſeph Ludouicus*
*deciſ.peruſ.*10. in vnius facti contingen-
tia. quædam Lucretia dedit in ſocidam
cuidam Millo vnam equam cùm pulla,
quæ nouem ſcutis æſtimatæ fuerunt, eo
adiecto pacto, quod ſaluo capitali, fæ-
tus communitèr diuiderentur, qua ſo-
36 cietate durante, quædam filiola dicti
Milli duxit equam prædictam ad quen-
dam puteum ad bibendum, ibi conui-
cinum, ad quem eundum plures erant
ſtratæ paratæ, & timens puella addu-
cere equam, finit eam, vt de metipſa
ad dictum fontē iret, quæ cùm ſe in ſua
balia agnoſceret, cæpit itèr per indire-

ĕtam viam propè rupem quandam, de qua cecidit, & erupto collo, perijt equa, quo casu peracto, egit dicta Lucretia contrà Millum tàm pro pretio dictæ equæ, quàm pro fætu ab ipsa nascituro, quia gestabat in vtero, dubitatum fuit, an damnum illius equæ præmortuæ commune esse deberet intèr Lucretiam, & Millum, quemadmodum, & lucrum commune esse videbatur, an verò damnum ad alterum eorum in totum spectare deberet.

37 Dicebatur pro parte Lucretiæ dantis, ex quo dicta equa fuerat data æstimata, dominium illius in dictum Millum ex eo translatum fuisse vlg. *l. quoties C. de iure dot. l. si cùm dotem C. eod. l. litis æstimatio ff. pro empto l. ex conuenct. C. de pact.* in quibus iuribus satis probatur, quod æstimatio venditionem facit, prout in specie tenet *Ang. de Perug. in tract. de societ. §. circa secundum*, & proindè dicendum videbatur, totum periculum ad Millum spectare, & spectauisse *l. pignus C. de pign. act.* prout de natura ipsius venditionis *l. necessario, & tot. tit. de peric. & commod. rei vend.*

38 Pro parte Milli dicebatur, quod tametsi in socida animal æstimatum traditum fuerit; nihilominus damnum in eo contingens commune esse debet intèr dominum, & socium, ex quo etiàm vtilitas intèr eos est communis *l. cùm duobus §. damna ff. pro socio Bald. in l. 1. quæst. 8. C. eod. Doct. in l. pascenda C. de pact. Petrus de Vbaldis de duob. fratr. in 8. parte princ. q. 20. num. 21.*, nec estimatio equæ in hoc casu in aliquo vrgebat, ex quo dominium videbatur esse translatum, quia hìc æstimatio fuit facta ad finem, vt sciri potuisset quanti equa valeret in eius traditione, ità vt in casu peremptionis sciatur, ad quid sit agendum, secundum *gl. instit. quib. alienat. lic. in princ. in verbo dotale prædium*, vbi idē
39 fatetur esse de prædio dotali æstimato in dotem marito tradito, cuius nihilominus in maritum non est ità dominiū translatum, vt per eum ad sui libitum disponere, & alienare possit, maximè quia in dicta equæ traditione emersit speciale pactum, vt scilicèt capitale liberum remaneret, & fætus æqualitèr diuideretur, ergo dominium translatum non fuit, & illud pactum omnino seruari debuit ad *text. in d. l. pascenda*, vbi dicitur, quòd pactum intèr dominium, & pastorem de fætu diuidendo, omninò seruandum est, extendens *gl.* idem esse intèr socios, quod intèr dominum, & Pastorem, & quod etiam si non constaret de dicto pacto, nihilominus in dubio talis æstimatio non præsumitur facta, vt venditio subsequatur cū translatione dominij, sed vt tantum, vt sciatur quanti ea res erat tempore initæ societatis *l. si intèr virum C. de iure dot. Alex. in d. l. pascenda col. fin. & Doc. ibid. num. 14.*, ità vt qui vellet dicere, esse constitutam venditionem, illud probare deberet tanquàm suæ intentionis allegatæ fundamentum *l. 2. l. actor de probat. cap. sciant 2. q. 8. & tradit Bart. in l. si vero §. qui pro eis ff. qui satisd. cogant, Alex. cons. 24. num. 2. lib. 2. & in cons. 150. num. 18. lib. 5. & Ripa responso 17. in tit. de rescript. num. 3.*

40 Vlterius, & aliam considerabat rationem Ludouicus in eo casu ex mente *Curt. in d. l. pascenda num. 7.* quod tùnc demum æstimatio faciat emptionem, & venditionem, quando omne commodum, & incommodum rei æstimatæ trāsit in custodem, seù socios, secus vbi non transiret, secundum *Bald. & Dec. in d. l. pascenda*. In illis enim contractibus quorum natura est, vt dominium transeat, æstimatio facit vtique venditionem arg. *l. cùm manu sata §. nemo ff. de cōtrah. empt. Bart. in l. sicut certo §. nùnc videndum ff. comod. Alex. in d. l. pascenda, & Petrus Vbald. de duob. fratr. in 8. parte princip. num. 26. quæst. 19.*, sed in societate stat in suspenso ratione lucri, & damni *l. si in diem in princ. et §. itèm celsus ff. pro socio*, igitur dominium nec translatum, nec venditio constituta dici potest.

41 Fuit in illo casu tamen condemnatus Millus ad emendam damni equæ, ex quo in culpa fuit commictendo equā puellæ illi, quæ proptèr eius inbecillitatem quicquid videt ignorare præsumitur *l. 1. circa finē C. de fals. monet*: poterat enim illud præuidere Millus, qui nō præuidens merito dicendum videbatur, ipsum teneri de illo casu equæ perempta,

Digitized by Google

ta, & ad illius æstimationem, iuxtà *text. in l. si quis fundum §. si colonus ff. loc., & in l. si seruus §. Proculus ad l. Æquil. & in l. 1. ff. de furt. aduers. naut.* & cùm dictus Millus eam diligentiam non adhibuit in committendo equam puellæ, quam
42 adhibere debuit ceù Paterfamilias, qui licet in rebus suis negligens esse possit, non verò in alienis *arg. l. si constante §. si Maritus ff. solut. matr. l. si vt certo vers. sed verius ff. commod.* non potest negari, quin non sit in culpa, pro vt de equo dimisso in pascuis in *l. si negot. in princ. ff. de negot. gest.* adducebat ad confirmandam suam decisionem Ludouicus exempla, de quibus apud *Cagn. in l. contractus num. 10. vers. quarto infertur ff. de reg. iur.*, vbi dicit, si Ragatius in stalla lumen tenuerit, & ob id domus locata exusta fuerit, dominus, siuè Pater dicti ragatij tenebitur, quia culpa in eo argui potest: cùm lumen tali simili, seù tali personæ commiserit, & apud *Petrum de Vbaldis d. 8. part. princ. num. 29. in fine q. 18.* vbi allegat quodam consilium *Bald. quod incipit si domus propria ex modica custodia* de igne succenso per puerum ex culpa, & negligentia Patris, & apud *Corn. in cons. 318. lit. E. in fine lib. 4.*, vbi de naulione, qui sua culpa, & negligentia quendam sacculum, ammiserit, in quo erat argentum, & aurum.

43 Verùm enim vero, consideratis non obstantibus per *Ioseph Ludou.* adhùc fatendum est, decisionem per ipsum promulgatam in illo casu contrà Millum rigidam fuisse: nàm committens Millus equam Puellæ in casu tàm solito, prout est, vt eam duceret ad vicinum fontem, vt equa biberet in eo, non est tàm neglegẽtis Patrisfam. cura, quin sic cõmunitèr cuilibet accidere potuisset, ex quo equa non fuit damnum passa, & ex eo mortua, quia fuit difficili curæ traditæ; sed benè, quia sic casu euenit, prout si cuilibet homini sagaci fuisset commissa, per quem nullatenùs poterat prouidere, si aliquo incidenti equa à sua euaderet meta, etiam ob ammissionem capistri aliam viam arripiens voluisset contrà suum institutum præcipitare, cùm ani-
44 malia etiam irrationabilia naturalitèr effugiant sua contraria, vt experientia patet in Castore, qui se eunucum ipse facit, cupiens euadere, damno testiculorũ, adeò medicatum intelligit ignem, secundùm *Iuuen. Satyra 12.* & sic ille impetus equæ potiùs sui fatus impulsu, quàm puella negligentię erat ascribendus, iuxtà illud. *Ad Lunæ motum variant animalia corpus, Manl. lib. 2. Antonom.* & proindè in casu fortiori contrarium decisum tradidit *Griuell. decis Dolan. 38. per totã.*

45 Viduæ scilicèt rusticæ, quæ cum recepisset in soccidam duas Vaccas ad medium lucri, & damni partem pro tribus annis sub pretio triginta francorum cùm pacto illas benè, & debitè custodiendi, & alendi, & ab omni periculo, & casu eximendi, quæ quidem Vaccæ post duos annos, & menses bello exorto, latrocinio perierunt, quę Vidua in iudicio prouocata ad exbursandum dictum capitale in suam exceptionem adduxit, Vaccas illas perijsse fortuito belli casu, absque vlla sui culpa, & negligentia, & proindè ex actenùs in illa decisione ponderatis, & discussis fuit per Senatũ illum dictũ, damnum capitalis esse commune, approbans Senatus opinionem *Ludouici* in ea parte, quod pretium non causat dominium, nec facciat emptionem in animali dato ad soccidam, cùm pacto medietatis damni, & lucri, conferunt tradita per *Syluestr. d. verbo societas il 2. sub num. 6. vers. quartum si verò, Cassan. loco cit. col. 778. vers. quando verò animal.*

46 Tertiò possunt animalia grossa dari, hoc alio pacto, vt capitale animalis dati sit saluum semper pro dante; tùnc tale pactum de iure canonico est omninò illicitum, & vsurarium, proùt voluit *Berardinus de Bustis in 1. par. sui Rosarij sermone 27. lit. H. Ant. de Butr. in cap. fin. de vsur.* quod intelligit *Cassan. loco cit. num. 67.* si animal datum fuerit sine terra.

47 Quarto poterit accedere pactum, quãdo dantur Vaccæ ad arandum sub hac conditione, quod de primis earum fructibus accipiet medietatem pretij dãs, & deindè ipsę sint communes dantis, & accipientis, & fructus quoque, hoc addito, quod accipiens det danti singulo anno sextarium frumenti, hic contractus est licitus, & dicitur magis locatio, quàm so-

Digitized by Google

cietas, quia dans locat vnam vaccam, quæ est sua, quæ arat, & fructificat, pro fructu, & sextario frumenti, & loco fructus accipiens habet fætum, imò arbitrio boni viri posset etiam fætus esse dantis, si Vacca, arãdo, pastum lucraretur, sic tenet *Syluest. loco cit. vers. sexto si dans*, prout etiam intelligas de bobus, qui dantur æstimati ad arandum, vulgo dicti *à menandó* pro conuenta mercede arbitrio boni viri, quæ solita est conueniri ad rationem quatuor, vel quinque tumulorũ frumenti quolibet anno, cùm pacto, quod moriente boue, medietas damni sit dantis, & altera medietas sit accipientis: tũc enim licitus est contractus: cùm dans recipiat frumentum pro labore sui bouis, & est in damno contingenti cùm altero boue posito ab accipiente ad euitandam fraudem, nè accipiens abutetur boue dãtis vltrà condignum laborem, quæ cessaret, quando bos dantis laborat, secundũ laborat bos accipientis, & in hoc casu etiam dicetur locatio iusta, vt de consimili contractu testatur *Sylu. loco cit. vers. septimo, & in parte* 2. §. 9.

Sic etiam dicas circa Asinas, quæ dãtur ad molituram, vt pro qualibet earum soluatur duo modia frumenti quolibet anno danti, & pretium Asinæ sit saluum, si Asina non moritur, & fætus, augumentumque sint communia, & si Asina moritur infrà annum, soluitur pensio pro rata temporis, & dans perdit medietatem pretij, licèt *Borgius decis.* 44. *num.* 52. dicat esse pactum vsurarium, quando per locatorem datur par boum ad collaticũ pro certa mercede annua, estimatis bobus, ità quod tempore finitæ locationis minùs valent, dimidium damni sentiat conductor.

48 Quid enim dicendum quando contrahitur societas supèr animalibus minutis, & in ista etiam reperitur *in extrauagantibus feud.* quædam, quæ incipit. *Consuetudo societatis caprarum*, & sequitur nigrum. *Si quis dederit capram, aut pecudem iure societatis, ille, qui accipit debet tenere per tres annos, & in vno quoque anno debet pro capra duodecim formaticos bonos, & optimos, & pro pecude sex, & dimidietas carparum, & agnorum debet esse cõmunis, & medietas lana; & ille, qui dedit capram, aut pecudem ante partem debet habere eam, & si ille, qui accepit dedit tertiã, tũnc omnia partienda sunt per medium, sed ille, qui accepit amiserit culpa sua, quia eam non custodiuit, vel pecorile non benè clauserit, domino tùnc emendare debet, & vt dictum est, bonos formaticos dare debet, sed non sic de vno pecode, vel capra, quia si dederim tãtùm vnam pecudem, aut vnam capram tantum, non debet mihi dare talem formaticum, sed tres, aut quatuor iniuncta, si simul mitti debent, vt bonus formaticus indè fiat, quia si dedi alicui viginti, aut quatraginta pecudes, aut totidem capras, debet ne mittere vnam iniuncturam simul, & facere vnum formaticum de tota iniunctura? Certè non de medietate estimationis, ità quod non fraudetur, qui dedit, nec qui accepit, sed si agni, & crapioli nati non fuerint de vna aliqua capra, aut pecude, non debet dare nisi medietatem formatici, quam daret si nati essent agni, & caprioli*; sequitur alia rubrica, *Consuetudo societatis porcorum*, quæ incipit in nigro. *Si quis dederit porcum alicui iure societatis, & non fuerit dictum de tempore, tùnc ille, qui accipit, debet eos tenere per tres annos, & omnes porcelli, qui nati fuerint partiendi sunt per medium in vnoquoque anno, vel si placuerit domino, & ei, qui accepit tenere vsque in capite trium annorum debeat omnia partiri per medium, etiam porcelli nati de porcellis, & cùm porca fecit porcellos debet dominus facere adiutorium ei, qui accipit dare tertiam, aut in contrarium, & si amiserit culpa sua, quia porcile non benè clauserit, vel custodem cùm porcis non miserit, debet domino emendare, vel casum amissionis domino assignare.*

49 Tales consuetudines in loco vbi vigent cùm satis arbitrio boni viri conuenire dicantur, & æquitatem contineant, etiam in foro conscientiæ seruari possunt. In locis verò, in quibus de consuetudine non apparet: puta siuè circa talia animalia, siuè circa fructus sunt seruanda secundùm annotationem *Caff. loco cit. sub num.* 69. *vers. ista supradicta*, vsque ad casum septimum has recitans consuetudines.

50 Ex quibus inoleuit modum practicãdi soccidam in alijs locis, & regionibus circa talia animalia minuta, vt scilicèt, quan-

quando pecudes, aut capræ dantur ad triennium, dans ponit quinque capras, vel pecudes, & accipiens duas, quæ societas vocatur vulgaritèr *alli cinque*, & *alli dne*, aliàs *all'ammessu*, & statim tota quātitas animaliū est communis, & quolibet anno diuiduntur fructus pro medietate, & in fine triennij diuidūtur omnia animalia, nemine excepto, intèr vtrumque, sicut & altera, vt dentur pecudes, & capræ à Domino per sex annos, illisque completis, similitèr diuiduntur animalia minuta pro medietate, & herbę hyemales emuntur etiam in communi, & hæc est realissima soccida, licèt *Azor.* dicat, hanc vltimam societatem esse prætèr, & contrà naturam societatis, quando statim ex pacto efficiuntur communia animalia dantis scilicèt, & accipientis, & periculum, & damnum animalium sit cōmune, vt ipse fatetur ibidem *in vers. quæres itidem lit. F.* & in hac soccida animalium minutorum adhùc euenire solent plurima pacta; quorum

51 Primum esse poterit, quàndo Titius dat in societatem Caio suam operam ponenti centum oues, eo pacto, vt si quæ ex illis perierint, totidem restituerentur ex fætibus, ità vt quamdiù societas durauerit centum seruarentur, & reliqui fętus inter ipsos æqualitèr diuiderentur, hoc pactum licitum esse, testantur communitèr *Canonistæ*, intèr quos *Syluester in verbo societas q. 9. §. 2.* & ante eum *Angelica Summa d. verbo societas 2. num. 3.* ratio est, quia conuenctum non est, vt centum oues, quas Titius in commune offert, Caius suo suscipiat periculo, ità vt capitale semper sit saluum: nàm si omnes perierent, Caius nihil Titio soluere tenetur, quātùm interitus totus sit periculo Titij, sic tenet *Azor. loco cit. lit. C. verf. duodecimo quæritur*. Semper enim, quod caput non sit saluum, societas benè conuenit: licèt quo ad lucra, & damna debeat reduci ad arbitrium boni viri, *Cassan. loco cit. in uers. ha enim consuetudines col. 780.* qui *in uers. alium, & septimum casum*, iure improbat consuetudinem suę Patriæ, per quam multi ducuntur ad inferos, dicit ipse, videlicèt quando quis dat bouem rustico vt semper, remanente capitali saluo, ità quod nunquàm moriatur, teneatur rusticus singulo anno dare certum quid domino bouis, puta duas versuras frumenti, vel plùs, vel minus, & fatetur se vidisse, quendam accusatum de vsura per procuratorem Regiū in baiulatu Matisci, qui circa hoc multum fuit vexatus tanquàm vsurarius.

52 Secundum potest esse pactum, quando quis ponit viginti capita, & alius totidem, vel decem, & communicat omnia damna, & lucra pro rata eius, quæ posuerint, cùm pacto, quod de fætibus reparentur capita mortua, aut de velleribus emantur capita ad augendam gregem, hoc pactum esse licitum, testatur *Syluester d. verbo societas col. 2. sub num. 9. vers. nono quæritur*, sic etiam confirmat *Azor. loco cit. vers. quid iudicandum lit. F.*

Tertium potuit esse pactum, si dans per certa capita ęstimata tali pacto, vt ex primis fructibus, & fætibus totum capitale restituatur, antequàm accipiens accipiat aliquam vtilitatem, pactum iniquum esse, licèt non vsurarium, dicit *Syluester loco cit.* rationem adducens, quia minùs grauaretur accipiens, quemadmodum restituto capitali, si omnia perierint, operas perderet accipiens, non tamen est vsura, quia capitale non fit saluum, quod idem esset, si pacifcatur, quod antequam restitutus accipiat aliquid, restaurentur ex fætibus omnia mortua, quia tunc esset tradere oues quasi immortales; verùm si pacifcatur, quod ante omnia reddatur medietas fortis, & cætera fiant communia; tùnc alitèr iudicandum est, secundùm eundem *Syluestr. §. 6. parte 4. ad finem.*

53 Quartum esse posset pactum, si dans dat in soccidam alicui ouem, aut Vaccā emptam ab eodem, cùm tamen nullam, quam venderet, haberet sub certa pensione, secundùm modum, si sciuit, aut credidit, quod ea non haberet, vsura dicitur hæc negotiatio, vel saltim facta in fraudem vsurarum, quod idem est de scientèr fruentibus fructibus terrarum ab eis, qui terras non habent; sed si sine fraude bona fide emptio huiusmodi fit, quamdiù bona durat fides, emptor non est in peccato, maximè si capitale stet periculo tradentis *Sylu. loco cit.*

Quintum potest esse pactum, vt si quis po-

ponat decem, & accipiens ponat alia decem, contra operas, & expensas accipientis, & in fine æqualitèr diuidat, hoc pactum esse licitum, testatur idem *Syluester loco cit.* & in summa regula erit in hac societate animalium ad euadendum peccatum, vt duo seruentur. Primum, quod capitale non stet in tuto, vel in parte periculo accipientis quantum ad casum fortuitum, dummodo non interueniat alius contractus assecurationis scilicèt. Secundo, quod arbitrio boni viri neutra pars notabilitèr grauetur plusquàm alia, cùm in his contractibus cesset omne peccatum, nisi intercedant vsura, & iniustitia, quæ non feruntur, per illas duas propositas regulas.

54 Portio vero quomodo sit interpretanda ad euitandas vsuras: nempè per trientem, semissem, & bessem, poteris exigere *à Colummella de re rustica, vel de agricultura lib. 4., Bartholomeo Socc.in repet. l. 3. §. itèm si reipubl. ff. ad l. falcid.* vide *Host. in tit. de vsur. Berard. de Bustis in d. Rosario, et Summâ Angelicâ in verbo vsura*, & ferè omnes canonistas de hoc peculiaritèr agentes.

ARGVMENTVM.

Conuentionalis societas an sit symbola cùm societate legali.

SVMMARIVM.

1 *Deus creauit hominem ad imaginem, et similitudinem suam.*
2 *Deus formauit Euam de costis Adæ.*
3 *Mulier non potest aliquid, nec palpebras attollere absque sui viri scitu.*
4 *Deus inseruit in cordibus viri, et mulieris mutuum amorem.*
5 *Maritus dominus, et mancipium est vxoris.*
6 *Homo cur relinquit Patrem suum, et Matrem suam, et adhæret vxori suæ.*
7 *Vir, et vxor licèt duo, vnus est tamen animus.*
8 *Deus in tribus sibi benè complacuit, et in quibus.*
9 *Felicitas intèr coniuges quæ.*
10 *Mulier non est proiicienda, quando est secundum animum viri.*
11 *Maritus erit lex viri ad vxorem.*
12 *Maritus vxorem sibi consiliabit, & quare.*
13 *Vir non debet esse Leo in domo sua.*
14 *Meretrices ad Mechos quæ pati decet.*
15 *Vxores quare procurant magicis artibus fascinare maritos.*
16 *Maritus non prohibetur vxorem suam corrigere, & emendare.*
17 *Maritus an vxorem suam castigare valeat.*
Quid si promisisset eam non castigare, num. 18.
19 *Maritus potest vxorem suam castigare cùm moderatione, & iusta intercedente causa.*
20 *Maritus debet se abstinere à verberando vxorem, & quare.*
21 *Maritus ex leui causa insæuiens contrà vxorem est inimicus propriæ suæ carnis imo carnifex sui ipsius num.* 22.
23 *Maritus debet cautè tractare vxorem.*
24 *Vir est mulieris animus.*
25 *Dictum Apostoli ad viros.*
26 *Vxor malè assimilata Nuci, & Asinæ.*
27 *Mulier cur de costa viri formata.*
28 *Dei artificium in formando fœminam maximum, vt homo naturaliter vxorem diligeret.*
29 *Mulier ab initio facta est ex viro, & ex muliere vir, & mulier.*
30 *Vir non debet esse crudelis erga mulierem.*
31 *Societas legalis est symbola societati cōuentionali.*
32 *Societas quando intelligatur coita secundum generalem regulam.*
33 *Argumentum quando currat à societate ad sponsalia.*
34 *Matrimonium an præsumatur per longam cohabitationem de iure canonico.*
35 *Nemo nascitur vnctus, confirmatus, ordinatus, vel vxoratus.*

Socie-

36 *Societas an contrahatur intèr maritum, & uxorem.*

37 *Societas vulgaris, siue conuentionalis est symbola matrimonio quoad dissolutionem per mortem, & num. 38.*

39 *Societas vulgaris, & conuentionalis quemadmodum semel suspensa potest iterum reconciliari intèr socios, sic matrimonium semel suspensum per seperationem Thori, potest iterùm conciliari intèr coniuges. n.40.*

41 *Amicitia reconciliata dat signum remissi odij.*

42 *Matrimonium semel disiunctum, cohabitatione, & coitione in pristinum censetur reductum.*

43 *Coniux an possit redire ad alterum coniugem post prolatam sententiam diuortij, etiam inuito eo, in cuius odium sententia est lata.*

44 *Vir ex qua causa possit hodie mulierem acriter verberare.*

45 *Repudium & diuortium an detur hodie, & quid successit eorum loco.*

46 *Vxor quando à marito nullatenus verberari possit.*

47 *Verberatio acris, et immoderata quando dicatur.*

48 *Maritus percutiens mulierem calce, ex quo mortua, qua pœna teneatur.*

49 *Vxor acritèr verberata quando possit à marito discedere.*

50 *Alimenta quando debentur à marito vxori etiàm extra eius domum, et n.70.*

51 *Maritus acritèr verberans vxorem quam pœnam incurrat.*

52 PetrusBarbosa *in quo cõfutatur ab authore.*

53 *Maritus leuitèr percutiens vxorem nullam incurrit pœnam, quod intellige si cum causa num.54. et nu.64.*

55 *Maritus acritèr verberans vxorem in quam pœnam incurrit, et nu. 56. et 67.*

57 *Vxor an possit discedere à marito, et seperationem petere propter acrem verberationem nu.58. et nu.65.*

59 *Rol. a Valle in cons.72. post num. 7. lib. 3. et Vin: decis.435.num.23.confutantur ab authore, ratio num.68., et 69.*

60 Text. in l. præsenti §.fane C. de his qui ad eccles. *explicatur per authorem, et num.61.*

62 *Diuortiũ in quo casu concedatur uxori.*

63 *Doctores confunduntur in terminis acræ verberationis, et seuitiæ, et nu.66.*

71 *Cautio de non offendendo quando peti possit per uxorem, et nu.72.*

73 *Vxor si non poterit succurri per cautionem de non offendendo, quid agendum.*

74 *Mulieri adhoc ut succurri possit cautione de non offendendo, quæ requirantur.*

75 *Testes ad probandum seuitiam quales esse debeant.*

76 *Seuitia quomodo probanda.*

77 *Cautio iuratoria de non offendendo an sufficiat dari à marito vxori.*

78 *Iudex ecclesiasticus est competens ad cognitionem seperationis Thori.*

79 *Vir debito modo corrigens vxorem, an incurrat pœnam præstita cautionis de non offendendo.*

80 *Cautio de non offendendo est Iudicis arbitraria.*

81 *Dos an sit restituenda vxori, sequuta seperatione Thori.*

82 *Mulieres Moscuitæ diligi non reputantur nisi verberentur.*

83 *Platonica lex circa coniuges.*

84 *Maritus debet vxoris aliquas imperfectiones tolerare.*

85 *Honestum potiùs sequendum, quàm licitum.*

86 *Abstinendum à quibus nuptijs.*

87 *Licitum est in contractibus contrahentibus se ipsos decipere.*

88 *Deceptio in contractibus, & si licita, tamen non conuenit.*

89 *Marito & si liceat vxorem adulteram occidere, tamen non decet maximè christiano nu.90.*

91 *Concubinatus, & si permittatur de iure ciuili, improbatur verò à iure canonico.*

92 *Alimenta filijs ex damnato, & improbato coitu natis licèt non debeantur de iure ciuili, permittuntur verò de iure canonico.*

93 *Pater de iure ciuili non tenetur filiam naturalem dotare, secus de iure canonico.*

94 *Obligatio tametsi de iure externo non liget fauore absentis, secùs de iure pols.*

95 *Pactum de succedendo, & si non valeat iure ciuili, non tamen improbatur de iure canonico.*

96 *Donatio intèr virum, & vxorem substinetur iuramento.* Te-

97 *Testamentum de iure ciuili requirit diuersam sollemnitatem, quàm de iure canónico.*

98 *Pacta aliquando sunt seruanda non secundum quod licet, sed secundum quod decet.*

CAP. IV.

Diximus, societatem legalem esse, quæ contrahitur intèr maritum, & vxorē, qui ex legis dispositione socij sunt diuinæ,& humanæ domus,*l. 1.ff.de ritu nupt. l.aduersus C. de crimine expilatæ hereditatis,cap.cùm R.Canoniens de offic.deleg.*

1 Nā creato homine à Deo ad sui imaginem, vt ipsius signaculum foret, *Gen. cap.1.* nè cùm solus esset homo, & cùm ceciderit,non haberet adiutorem,immisso in eum sopore, tulit vnam de costis
2 eius,& fecit sodalem fœminam,quam intuens Adam dixit, *os ex ossibus meis, & caro de carne mea, & erunt duo in carne*
3 *vna*,& dedit Deus Euam Adæ sociam, hanc fæminam creauit Deus inferiorem viro, quo ad ea, quæ ad regimen, prouidentiam,& consilium spectarent, adeo vt non sit concessum in his mulieri, ne quidem palpebras attollere absque sui mariti scitu.

4 Nè autem ex hoc superbiat vir,voluit Deus benedictus inserere cordibus viri, & mulieris amorem, vt ad inuicem ex corde se diligerent,hac tamen disparitate, vt vir feruetur amore potiori in mulierem,quàm mulier in virum, hoc ideo, ne superbiret, ex quo Deus eum digniorem fæmina creauerat, illico exaltauit mulierem in reddendo ei virum subiectum iu amore, ità vt possit dici seruitus dura,& rigida;intàtum,quod si quis fue-
5 rit interrogatus quid nàm sit esse maritum,rectè affirmare posset, esse & Dominum, & Mancipium, Dominum, vt scilicèt, deducat vxorem, regat illā, eidemq; imperet,Mancipium namque, quia ei famulatur,eamq; reueretur,& diligit,eiusq; gratia seipsum perdat, vt explicat *Sāctus Basilius in libro de virginitate*, & notatur
6 *Gen. cap. 2.* Proptèr hoc relinquet homo Patrem suum, & Matrem suam, & adhærebit vxori suæ, & erunt duo in carne vna,ex quo felicitur,debere esse mutuum amorem inter virum, & vxorem. Ita vt
7 tametsi ij duo sint: vnus tamen animus, vnaque intercedere habeat voluntas.

Et hoc est vnum, & præcipuū ex pluribus,in quibus delectationem sentire af-
8 firmat *Eccl. cap. 25.*dum inquit: *In tribus beneplacitum est spiritui meo, quæ sunt probata coram Deo, & hominibus. Con-*
9 *cordia fratrum, amor proximorum, & vir, & mulier sibi consentientes*, estque maxima felicitas coniugibus, vt vnus ingenium alteri consonet, sitque vna
10 vtriusque voluntas, in tantùm, vt decernat idem *Eccles.cap.7. Mulier si est tibi secundum animum tuum non proieias illā.* Illæ veræ sunt diuitiæ, ait *Sanct. Crysost. homil.28. cap. Genes.17.pagina mihi 166. sub lit. E.* illæ sunt maximæ felicitates, si vir cùm muliere nō discordet,sed coniūcti sunt ve corpus vnum, & vlteriùs *in eod.cap.vers.finem*, quando concordia,& pax,& vinculum delectationis cùm muliere, & viro fuerit, simùl affluunt bona, et nullis insidijs expositi sunt, magno, et inexpugnabili quodam muro circundati sunt,iuxtà *Dei* præceptum, concordia.

11 Et proindè erit lex viri ad vxorem in re familiari, secundùm *Aristotilem 21. Œcon.3.*vt scilicèt nō metum ei incutiat, sine verecundia,et pudore, redentem rationem, *quoniam hae meretrices ad mechos pati decet.*

Econtrà verò quando cùm verecundia, et timore, tùnc ingenuæ mulieris erga proprium virum est diligere, et timere, et docendo *Aristotiles*, qualis esse timor debeat,subdit,quod timoris duplex est species,vna cùm reuerentia, et pudore, qua vocatur filij modesti ad patres, & Ciues benemorati ad beneuolos Gubernatores. Altera verò species est cùm inimicitia,& odio,& hac vtuntur serui ad Dominos, & Ciues ad Tyrannos iniustos,'& iniquos. Vnde idem *Arist. cap. 2.* paulo mox ante inuexit talitèr se habere debere maritum,erga vxorem,vt parua mulieris peccata quamuis voluntaria ignoscat,& si quid per ignorantiam deliquit commune faciat.

12 Subdit vlteriùs *Aristotiles in calce d. cap.2.* quod si vir ex his omnibus meliora elegerit,vxorem sibi conciliabit,ac fidelem,probamque efficiet, adeo vt siuè præ-

præsens sit vir, siuè absens, non minùs vtilis sit, quàm si semper adesset tanquã rerum communium Curator. Quando verò vir adest, vt sentiat vxor nullum sibi neque meliorem, neque commodiorem, neque magis suum esse, quàm virũ, ostendatque hoc ab ipso initio ad commune bonum semper intendens, quamuis puella sit, & noua in talibus, comprobat hoc notabilitèr *Chrysostomus in epist. ad Ephes. cap. 5 homilia* 20. sic dicẽs. *Famulum quidem metu cogere, ac sibi deuincere quisquam poterit, imò nec illum quidem mox enim resiliendo aufugiat; eam verò, quæ uita tua est socia, quæ liberorum Mater, quæ omnis letitię materia, non timore, non minùs constringere, ac deuincere oportet, sed dilectione, & cordis affectu. Quale est enim illud coniugium, quando utrum uxor tremebunda exhorretur, qua uero ut ipse iucunditate fruetur, qui uxori non ut liberę, sed uelut famulę cohabitat*: & comprobat *Eccl. cap. 4. Noli esse leo in domo tua euertẽs domesticos suos, & opprimens subiectos suos*: sunt enim multi homines, qui domum suam ingressi videntur sensum, & humanitatem omnem relinquere in ostio domus, & sicuti si essent leones in leonaria rugiunt, atque ictibus, & rugitibus efficere volunt, vt nequidem bonam responsionem, aut humanum verbum loqui sciant, ex quo postmodũ prouenit, vt ab vxoribus, alijsque de familia odio habeantur, ob idque vxores, cum alijs adhùc etiam extraneis amicitias ineuntes expetant auxilia ad omnia, vt Domini sui furias vlciscantur, & hoc est, quod

14 dicere voluit *Arist. loco cit. quoniam hæ meretrices ad mechos pati decet.*

Sequitur ex hoc aliud inconueniens, quoniam quærunt vxores propterea, &

15 vt plurimum magicis artibus, & incãtationibus fascinare viros, vt eos sibi ipsis talitèr concilient, porriguntur obsonia ad id male præparata à Magis, Strigis, alijsque huiusmodi malæ vitæ improbis viris, quo fit vt ex Demonum deceptione aduersam nanciscantur valetudinem, reddanturque morbosi, infausti, & in malum ducunt dies suos, vt notat *Andr. de Isernia in Constit. Regni pocula amatoria.*

16 Non tamèn per hoc prohibetur omninò maritus, quin possit vxorem suam corrigere, & emendare, ac etiam verberare, & incarcerare, vinculisque detinere, *Lucas de penna in l. quicunque n. 6. C. de re milit. lib. 12. per text. in cap. placuit 33. q. 2. Ias. in l. miles, §. qui iudicati ad finem, ff. de re iudic. Neuiz. in sua sy'ua nupt. lib. 1. num. 36. Menoch. de arbitr. iudic. cap. 364. n. 8. & 9. Vin. dec. 531 num. 12.* aliosque congerit *D. Reg. Galeota senior illustr. contr. lib. 2. contr. 61 num. 46.* quemadmodum de correctione habetur in specie *in cap. duo ista 23. q. 4.* corrigere, secundu n eundem *Lucam de Penna in d. l. quicumque* est affige-

17 re, idest inuitum ad bonum dirigere, & quod castigationem, quod scilicèt maritus vxorem suam castigare valeat, voluerunt *Alex. cons. 115. n. 2. lib. 4. Signorolus de Homod. cons. 63. Rol. à Valle cons. 27. num. 13. lib. 3. Menoch. de arbitr. iudic. dicto casu 364. num. 8.* vbi alios etiam recenset, quod extendit *Roland. à Valle loco cit.* vt etiam possit maritus suam corrige-

18 re vxorem, dato etiam, si is promisisset eam non corrige e, nàm in tali casu consimilis promissio non ligaret, eo quod esset cõtrà bonos mores, & præberetur per eam occasio delinquendi *Vin. decis. 435. num. 11.* vbi alios congerit, quibus addi possunt *D. Capyc. Gal. d. contr. 61. num. 47.*

19 quod intellige moderatè, & iusta intercedente causa, *Abb. in cap. quemadmodum in fine de iure iurando, & in cap. cùm contingat num. 10. de foro compet. Clar. pract. quæst. §. fin. quæst. 56. vers. potest etiam, Barbosa in rub. ff. solut. matr. par. 2. n. 35. Thes. in decis. 130. num. 3. Graff. in suis decis. aureis caus. consc. parte 1. lib. 2. num. 48. in 2. Tiraq. de legib. condub. lege 1. gl. 1. num. 22. & 24. Gutt. canon. quæst. lib. 1. cap. 24. num. 15. Sanchez* qui alios adducit *de matr. lib. 16. disput. 18. num. 16.*

20 Consulerem tamen ego, vt ab istis verberibus penitùs obstineant mariti: nisi existente vrgentissima causa, & maxima vxoris perfidia, ratio est, quia nulla pestis domui perniciosior, quàm cùm iram mulieris verberatæ in se excitat maritus, resultat ob id capitale odium intèr coniuges, secundum *Consiliũ Thes. d. decis. 130. num. 3.*, & post eum *Barbosa loco cit. num. 33.* adducens dictum Catonis,

nis; qui sacrilegij instàr credebat esse, mulierem verberare.

21 Et *Caualcanus in decis.*18.*num.*27.*parte* 2. inuehit aduersùs maritos proteruos insæuientes, & insanientes in suas vxores, quique pro quid minimo ad iurgia, ad contumelias, ad verbera os, & manus iniiciunt, dicens eos esse inimicos propriæ suæ carnis, quodque sit res vilissima, & mos ebriorum, tabernariorum, blasphemorum, lusorum, & huiusmodi legum diuinarum, & humanarum contemptorum, & quod proinde huiusmodi coertio pessimos perit effectus.

22 Et *Hortentius Caualcanus tract. de bracchio regio parte* 1.*nu.de libero arbitrio mariti in vxorem* de mente *Tiraq. de legib. connub. l.*1.*gl.*8.*num.*10.*cum seq.* refert hoc sapere magis naturam ferinam, quàm humanam, & subdit quod talitèr tractando vxorem poterit appellari carnifex sui ipsius.

23 Et *Couar. de matr.* 2.*parte cap.* 7. §. 5. *num.*2.*de mente Ludou.Viu's in libro de officio mariti cap. de eligendo vxorem ad finem*, inquit, cautè igitur, & humanitèr oportet maritos tractare vxores, si enim
24 vt natura, & ratio, & diuina perhibent oracula, vir est mulieris animus, Pater, & caput, & talis est intèr illos societas, qualis intèr Patrem, & filium, non eiusmodi intèr mancipium, & herum.

25. Et *diuus Bernardus ad Roya* scribit, vxorem bonam potiùs ritu, quàm baculo castigabis, vndè *Apost. ad Colloss.* 3. viri diligite vxores, & nolite esse auari.

26 Et proindè cauendum *à Petro Gotifredo*, qui *lib. prouerb. in prouerb.* 129. assimilando vxorem nuci, & Asino, aiebat, *Nux, Asinus, & Mulier verbere opus habent*, adducit in authorem huiusmodi prouerbij *Abstemium in prim. hecaton.*, & intendebat dicere, quod nux vtiliùs saxo, vel pertica decutitur, quàm decerpitur, itemque quemadmodum vix multi pueri baculis verberantes de prato pellunt asinũ saturatum pabulo, sicuti testatur *Homerus illiade y*, sic nec sinẽda mulier est vnquã suæ potestati: Vndè versus, quos tamen ipse non refert

Nux, Asinus, Mulier, similisunt lege ligati.
Hæc tria, si cessent verbera, nihil faciunt.

Cauendum est inquàm ab illo: cùm tametsi habeat in mulierem vir imperiũ, non tamen est ea tractanda vti Ancilla, sed benè vti socia, vt supra diximus.

27 Hinc *Magister sententiarum lib.* 2. *dist.* 18. quærens causam, cur Deus plasmauerat mulierem de costa viri, & non de alia parte corporis viri, respondet, id fuisse, vt ostenderetur, quia in consociam creabatur dilectionis, nè fortè si fuisset de capite facta viro ad dominationem videretur præferenda, aut si de pedibus, ad seruitutem subijcienda; quia ergo viro, nec Domina, nec Ancilla quærebatur, sed socia, nec de capite, nec de pedibus, sed de latere foret producenda, vt iuxtà se ponendam cognosceret, quam de latere suo sumptam dedicisset.

28 Alterum est super hoc animaduersione, & annotatione dignum: maximum scilicet fuisse etiam Dei artificiũ adhoc, vt homo naturalitèr vxorem diligeret ex ipsiusmet costa eam substrahere, quia sicuti homo naturalitèr diligit corpus suum, sic etiàm naturali, non autem adiectiuo amore vxorem diligeret, eo quod sit caro de carne eius, & os de ossibus suis, in tantùm, quod quemadmodum proptèr carnem suam Patrem, & Matrem reliquit, sic etiam propter vxorem suam eos dimittat, illique adhæreat, ad quod *Chrisost. in aliàs relata homilia* 2. *in epist. ad ephes. cap.* 5. est enim amor quidam, inquit, in ipsa natura abditus, intraque nos latens, qui cor
29 pora ista coniungit, & conglutinat, propterea, & ab initio ex uiro facta est mulier, & postea ex viro, & muliere, & vir, & mulier, vides vinculum, & complexionem, quomodo non permiserit aliam creaturam externam illo non pertinentem subingredi, & indè quomodo rem istã instituerit, permisit Adę vt sororem suam in vxorem duceret, imò vero non & sororem, sed filiam, quin adhùc se filiam quidem, sed propinquiùs quiddam filia, carnem videlicèt

Digitized by Google

licèt suam. quibus tamèn non obstantibus experientia comprobamus, quod tametsi Deus omnibus suis artificijs
30 vsus sit: sunt tamen homines adeo crudeles, ac inhumani, vt vxores suas odio habeant, & affligant.

31 Hæc prorsùs legalis societas symbola est conuentionali societati, quam vulgarem appellamus, & primo, quia quemadmodum societas expressè iniri, & tacitè potest, *l. nàm tractatu, ff. pro socio, nàm cùm tractatu habito. Societas coita est, pro socio actio est; cùm sine tractatu in re ipsa negotium communiter gestum est*, dicit *text.* quæ tacita societas sine verbis, & literis, rebus ipsis per actus sociales contrahitur, vt docet *Bart.* & alij *in l. Titium, & Mauiũ §. adeo ff. de administr. tut. Doct. in l. si Patruus ff. com. vtriusq; iud.* & coniecturis elicitur *Dec. consf. 21. Ias. consf. 2. lib. 3. Bald. consf. 304. lib. 1. Menoch. de præsũpt. lib. 3. præsumpt. 56. num. 4. Aluar Valasc. decis. 34. num. 3. Surd. decis. 267. n. 6. Viu. decis. 431. n. 5. & 6.* quam potissimam coniecturam eam esse volunt, quoties cohabitatione annorum mutuo, inuicemq; domi fratres, atque consanguinei negotia tractant, & fraterna quædam communione sollicitant, indiuisa bona possident, lucra conferunt, & damna, & rationes ad inuicem, durante communione, non reddunt *Bart. in d. l. Titium §. altero num. 5. ff. de administr. tutor. Ias. in l. 1. nu. 10. C. qui testam. fac. poss. Alciat. de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 25. num. 2. Menoch. d. præsumpt. 56. num. 25. Caph. consf 247. n. 26. Crauetta consf. 26. num. 1. Viu. opin. 728. sub num. 1. & in decis. 421. nu. 6. Mantica de tacit. d. lib. 6. tit. 3.* qui id ampliat etiam in societate omnium bonorum *num. 9. & seq. Petrus*
32 *de Vbaldis de duob fratr. par. 3. num. 22.* & generalis est regula, tùnc societatem coitam videri, quoties actus illi, qui fiũt citrà nomen, & ius hæreditatis celebrari nequeunt *l. pro hærede §. Papinianus ff. de acq. hæred.* illius scilicèt argumento.

33 Sic paritèr societas legalis intèr virũ, & vxorem præsumitur cohabitatione longa, tractatu, communioneque viri, & mulieris, quoniam ab ea ad sponsalia benè infertur *Innoc. in cap. 2. de sponsal.* ergo matrimonium tacitè contractum cohabitatione præsumitur, & promiscua conuentione iure ciuili *gl. in l. in concubinatu ff. de concubin. & in cap. 1. 30. q. 5. ex l. liberè, ff. de ritu nup. Alciat. de præsumpt. reg. 2. præsf. 5. num. 1. & Menoch. lib. 3. præsumpt. 1. num. 68. Mascard. de probat. concl. 1021. à num. 1. Card. Paleott. de not. & spur. cap. 5. n. 4. Couar. in epit. de sponsal. 2. part. c. 7. §. 1. num. 5.* præsertim fuit à iure ciuili considerata hæc præsumptio, quod cohabitatio mutua, quæ citrà ius, nomenq; matrimonij fier. nõ poterat, ad excludendũ scilicèt del ctu n *l. meritò cùm cóco d. nti bus ff. pro socio*, comprobat post omnes *Franc. Mo t nus tract. de ritu nupt. lib. 1. compa at. 5. à num. 1. ad 8.* illud causat,

34 De iure verò canonico non est sic eius dispositio, cùm concubitus potiùs, quàm matrimonium ex ista societate præsumatur *Abb. in cap. illud de præsump. doct. desupèr citati*, etiam ex cohabitatione decèm annorum matrimoniorum non præsumitur ex dispositione *Concil. Trid. sess. 24 cap. 1. de matr.* quæ fecit cessare hæc matrimonia præsumpta; nàm si cõsensus verus, & expressus hodie non cõstituit matrimonium nisi præstetur corã Parocho, & Testibus, multò minùs iste consensus virtualis, explicitus, interpretatiuus, & præsumptiuus id nõ efficit *Sãchez qui longa remissione Doctorum* hoc probat *in tr. ct. de matr. par. e 1 lib. 3. disput. 40. num. 3.* & ratio esse poterit, vt cũ matrimonium sit Sacramentum, formaq; & materia indigeat, vt alia à Deo fuerũt instituta, iuxtà omnium traditionem, quam *Florentinum Cõcilium* verum edocet *in princ. Couar. in epit. de sponsalibus par. 2. cap. 1. n. 2. & 7.* qualitas hæc nõ no-
35 biscum oritur, nec aliquis baptizatus nascitur, vnctus, confirmatus, ordinatus, vel vxoratus, & ideò matrimonium non præsumi, testatur *Molina loco cit. sub num. 16. etiam ex cap. cum in iure de offic. deleg.* quod quidem matrimonium de iure ciuili, & si fuerit præsumptum, est, quia illius iuris finis obiectum non animarum salus, sed Reipublicæ est tranquillitas, Canonici animarum æterna fælicitas, demum Reipublicæ gubernatio status *Fortunius Garzia de vltimo fine num. 3.* & proindè potest concludi, societatem vulgarem symbolizari cum societate legali de iure ciuili, non autẽ de iure canonico.

Digitized by Google

36 Est benè verum, quod per matrimonium subsecutum intèr maritum,& vxorem, in aliquibus regionibus dicitur statim contracta intèr eos omnium bonorum societas, vt luteriæ, & alibi testatur *Boer.in consuet.Bitur.tit.2.Ioan. Berberius in viat. iur. de societat. in aliquibus regionibus Hispaniæ hanc consuetudinem esse*, testatur *Piccard. in rubr. de soc.num. 9.* & apud *Lusitanos*,inito matrimonio, omnia bona, quæcumque sint intèr coniuges communicantur, iuxtà eorū ordinationem *lib.4.tit.7. in princ.* de qua meminit *Barbosa in l si constante 25.in princ. n.134. solut. matr.Ioan.Garzia tract.de copingali acquestu ex num. 2.* qui de pluribus alijs consuetudinibus mensionem facit, *Rodericus Suarez in lect. l. 1. lib. 2. 3. titulo de las gancias del marido, y de la muger*, vbi disputat, an dispositio illius legis habeat locum in matrimonio putatiuo,*Couar.uar.resolut.lib.3. cap.14.sub n.2.* qui vsque ad finem illius capituli multas excitat pulcherrimas quæstiones in materia, ij consulendi ab illis, qui sunt in talibus regionibus: cùm apud nos vigeat dispositio iuris cōmunis, per quod non fit tale accomonamentum in dubio, nisi expresè adsit pactum intèr vtrumq; *Petr. Greg. Tholos.Syntag. iur. ciuil. vniu. lib.27.cap.4.sub num.7.* & iura in contrarium loquentia sunt accipienda in eo, quod attinet ad societatem victus,& vestitus, dignitates, & honores, vt fatetur *Piccard.loco cit.num.8.*

37 Secundo est symbola societas vulgaris siuè conuentionalis cùm societate legali quoad dissolutionem: nam sicuti societas conuentionalis morte extinguitur,*l.4. vers.dissociamus ff.pro socio,dissociamus*,inquit *text. renunciatione,morte, capitis diminutione, & ageftate l. tàm diù, C.pro socio,§.manet instit. eod. tit.* sic ma-

38 trimonium morte soluitur,nàm solutus est à lege condubij qui remanet, *cap. super, & cap. cum secundum Apostolum extrà de secundis nuptijs*, & sicuti societas dirimitur contrario consensu,potest itidem matrimonium dirimi vtriusq; consensu, veluti si vterque religionem, aut perpetuam deuouerit continentiam *cap.cùm sis cap.dudum de conuers. con.ug.*

39 Tertio sunt symbolæ hæ societates, quia quemadmodum societas conuentionalis semel extincta potest renouari, & denuò institui *l. planè ff. pro socio* latissimè *Menoch.cons.121.num.72.lib.2.& de presumpt.lib.3.presumpt.75.à num.2.* plenissimè *Mantica d.lib.tit.26. per totum*, & in tacita renunciatione eam potissimam existimant coniecturam Doctores, quoties cohabitatio restauratur,lucra, & incommoda inuicem, sicut antea, conferuntur, nihil denique à pristino societatis statu diuersum spectetur. Sic in ma-

40 trimonij contractu, Thori aliquando iusta sententia facta coniugum separatione, indictaque Iudicis sententia Ecclesiæ diuortio,mutua vtriusque post sētentiam reconciliatione, denuò societas, & habitatio,aut expresè *cap.gaud.de conuers.coniug.* per cohabitationem, & consensum vtriusque censetur sententiæ separationis Thori renunciatum *cap.si quis vxorem 32.q.1.cum duobus seq.* nam sicu-

41 ti recōciliatione secuta,amicitiæ rei integræ signa ostēdit initium,odium,& rācorem remissum, vt legatum semèl ademptum denuò deberi incipiat *l.3. §.fin. ff.de adm.legat. Ias.in auth.non licèt n.20. C.de lib.pret.Alex.cons.91.num.4.lib.7.Alciat.cons.628.Paris cons.1.n.137.lib.1.* sic

42 diuortio semel matrimonium disiunctū cohabitatione,& conciliatione in pristinum censetur statum perductum, vt de adulterio ampliùs agere maritus nequeat, aut èconträ vxor,secundùm, *Rimina'd.iun.cons.174.num.28.& 29.lib.2. Bertaz cons.228. num. 6.& 12.vol.1.Triuis.decis.45.lib.1 num.17.Surd.de aliment. tit.7. quest.16.n.102.* quos in terminis citat,et sequitur *Franc. Molin. loco cit.sub num. 26. qui sub num. 27.* id limitat, nisi post reconciliationem, denuò alter reflectet,et recideret, *l. cùm mulier*, vbi *Doct. ff. solut.matr. Surd.d.tit.7. q.16.n.103.& 104.cum seq.*

43 Si vero mulier, aut vir, qui diuortij obtinuit sententiam,vellet illi renunciare, & suum suscipere coniugem, non est hoc sibi prohibitum, etiàm inuito eo, contra quem prolata fuit diuortij sententia, nèc si religionem ingressus ille fuisset *Syluester in verbo diuortium num.27.*

44 Et nè sub incerto in hoc vltimo symbolo

bolo vagemur, est sciendum, quod ex omnibus illis causis, propter quas poterat quis olim de iure veteri vxorem repudiare, possit hodie vir eam acriter verberare, ex quo secundum *Iacob. de Beluis. in sua practica in tit. de lanoc. sub num. 16.*, quem sequitur *Caualc. d. tract. de bracchio Regio parte 1. tit. de libero arbitr. marit. in vxorem lit. S.* hodie loco
45 diuortij, & repudij successit seperatio Thori, de domo expulsio, coertio, & castigatio etiàm grauis, quando subiecta materia expostulat per *text. in §. causas, & §. quia vero quadam in au h. vt liceat matri, & Auia* cùm recordantibus adductis per eundem *Iacob. de Beluis. loco cit.*, sicuti sentire etiàm videtur *Barbosa vbi supra num. 34.* intèr quas causas præcipuas, & grauissimas non connumerantur, si amatorias inueniat literas pænes vxorem, ex quo causa alterius matrimonij intèr alios eæ facillimè scribi possunt ostensæ postmodum vxori illæ, eæs quam reperiuntur consilij causa in ordinem ad matrimonium contrahendum, & ex hoc damnatus fuit vir ille, qui dum suspicatus, literas, quas pænès se habebat vxor, ex quo eas osten dere viro noluisset, esse amatorias, interijt illam.
46 Circumscriptis autem casibus prædictis, nullatenùs nèc mulier verberari, nèc Thori seperatio per maritū peti potest: immò si immoderatè verberaret vir vxorem, siuè eā in excessum, & sine causa, puniri deberet pæna Iudicis arbitraria *Sign. de Homod. conf. 63. nu. 11. A'ciat. de præsumpt. regula 1. præsumpt. 3. Neuiz. conf. 35. num. 5. Marsil. in practica criminali §. quoniam num. 90. Menoch. de arbitr. Iudic. casu 364. num. 14. Viu. decis. 431.*
47 *num. 15.*, qui dicit etiam esse Iudicis arbitrio relinquendum, quando dicatur verberatio acris, & immoderata eliciēda, puta si ferro, aut ligno percussisset, & si ligno, si fuerit minus acris, & dura percussio, & in qua corporis parte, & quod proindè iuxtà prædictas circum-
48 stantias, & coniecturas consuluerit *Sign. loco cit.* in casu de viro, qui calce vxorem percusserat, vt non teneretur de homicidio, si ex eo vxor mortua fuerit, ex quo percussio illa non erat præparata ad mortem, & sic ex culpa potius, quàm ex dolo peruenisset, ac quod ità pariter pluries censuerint Regiæ Audientiæ Capitanatæ Apuleæ, & comitatus Molisij testatur *Viu. decis.*
49 Adeo quod possit mulier seuerè, & acritèr verberata aufugere à marito, sicut post *Bald. in l. 1. num. 9. C. de legat. Præs. D. de Franch. decis. 244. num. 4. Guid. Papa decis. 439. num. 6. Peguera decis. 20. num. 8.*, alijque passim, qui tali in casu concedunt deberi alimenta à marito
50 vxori etiàm extra domum *D. de Luca obseruat. ad Franch. 244. sub num. 2.*, & in hoc possit per mulierem seperationem petere à marito quoad Thorum, vt post *Bart. in l. non satis num. 7. C. de agr. & censit. lib. 11.*, & post alios in locis citatos per *Thes. decis. 130.* concludit ipse, dicens sic censuisse Senatum Pedamontanum, ijs alij possent addi Doct. de quibus apud *Sanch. de matr. lib. 10. disput. 18. num. 14.*, qui etiā nolunt in tali casu debeantur alimēta vxori ab ipso marito extra domum, & licèt aduersùs prædicta inuehat *Barbosa d. rubr. solut. matr. parte 2. num. 31. in fine*, dicens non esse tantum fundamentum, supèr quo innituntur præfati *Doctores ex l. consensu circa finem princ. C. de repud.* ex quo desumunt ipsi, hanc esse iustam causam reputatam, per quam diuortium de iure ciuili peti potest, etiàm quo ad vinculum, quia causæ expressæ *in d. l. consensum* non sunt hodie sufficientes ad concedendam seperationem quoad Thorū, quemadmodum dicit, se ipsum probasse, sed bene illorum dictum esse tantummodo admictendum in eo sensu: quando scilicet propter verbera potest probabilitèr incurri periculum vitæ: secùs tamen quando ex qualitate verberum id periculum probabilitèr timeri non potest, dicens esse id de mente *Bald. in conf. 176. Cacilia num. 2. lib. 1., & Baptista Ferretti conf. 203. num. 3.*
51 Subdit vlterius idem *Barbosa num. 32. vers. denique colligi ex dispositione dicti §. quia vero quedam vers. si quis autem in auth., vt liceat matri, & Auia, & ex auth. sed nouo iure*, quæ exhindè desumpta fuit *C. de repud.* in quibus, dicit, fuisse expresè prohibitum diuortiū

intèr

Digitized by Google

intèr coniuges propter verbera vxori illata, sed tantum proptèr ea, maritum verberantem incurrere pænam, de qua in *eo* §. vt scilicèt teneatur ex propria substantia pro ea contumelia præstare vxori, etiam constante matrimonio, quantum valere potest tertia pars donationis proptèr nuptias vxori per maritum factæ, & quod ità in hunc sensum fuerint iura illa excitata, & excusa per *Lucam de Penna in l quicunq. num. 6. circà principium C. de re milit. lib. 12.*, & alios ab ipso relatos, vt per dicta iura fuerit etiàm derogatum omnibus alijs iuribus permictentibus diuortia proptèr verbera illata vxori, sicut expresè sentire videtur *gl. in §. mitiores in verbo flagellis in auth. de nupt.*, & post eam sic concludere testatur *Paris. cons. 54. num. 39. lib. 4. Cuiac. nouella 22. col. 4. Petrus Gregor. Tholos. syntagm. iur. ciuil. Vniu. lib. 9. cap. 5. num. 22.*, & tandem concludit, quod nequè proptèr prædictam causam sit de iure canonico hodie permictenda seperatio, sed bene proptèr dicta verbera incurrat tantùm maritus pænam prædictam, quamuis dicta iura idem *Baldus* limitet, intelligenda solum quando simplicitèr illata sunt verbera vxori, & proptcrea distinguendo ipse concludit, quod aut verbera sunt simplicitèr illata mulieri, & tùnc incurrat pænam maritus, de qua *in d. §. quia vero quadam in fine*, aut sunt talia, ex quibus timetur periculum mortis, & tùnc sit concedenda seperatio, non sit autem locus pænæ.

52 Cæterum tametsi *Barbosa* vir quidem in explicandis iuribus apud me summæ authoritatis subtilitèr iura illa induxerit: attamen longè aberrauit (pace tanti viri dixerim) circa distinctionem casuum, illorumque resolutionem, quemadmodũ obseruarũt etiàm omnes pragmatici confundentes casus prædictos desupèr relatos, vt inferiùs demonstrabo, & proinde quia materia est quotidiana, & practicabilis, pro ipsius vera propterea, & germana resolutione procedendum in ea puto cum distinctione aliquorum casuum, ex quorum resolutione patebit veritas, & intellectus præfatorum iurium.

53 Primus casus erit, quando maritus percusserit vxorem suam leuitèr, in hoc casu nullam patitur vir pænam, sicuti post *gl.* iuris canonici *in cap. sicut alterius gl. 1. 7. quæst.*, ac aliam iuris ciuilis *in l. sed & si quemcumq; in fine*, in verbo *docenti ff. ad l. AEquil.* docet *Lucas de Penna in d. l. quicumq; num. 6. C. de re milit. lib. 12. Ias. in l. ciuiles*, vbi etiàm *Alex. §. qui Iudicat. num. 7. ff. de re iudic. Abb. in cap. cùm contingat*, & ibi etiàm *Felin. primus nu. 30. secundus num. 7. & in cap. quemadmodum num. 15. de iure iur. Neuiz. in sylua nupt. lib. 1. num. 36. Viu. decis. 435. num. 12. Thes. decis. 130. num. 3.* inibique *Thes. filius in additione ad eundem* vbi post *Clar. recept. sent. §. fin. siuè in pract. quæst. 56. vers. post eum* testatur de communi opinione *Alex. cons. 115. num. 3. lib. 5.*, *Surd. de alim. d. lib. 1. disput. 18. num. 16.*

54 Vtrum autem requiratur saltim causa pro ista leui verberatione, videntur Doctores præfati concludere, quod sic, nèc absque ratione, quia cùm verberatio debeat esse aliena ab ingenuis mulieribus *l. consensu ad fin. princ. C. de repud.*, & instàr sacrilegij censebat *Cato* verberare vxorem, vt dicebamus supra, affirmandum est properea, quod aut non liceat verberare vxorem, aut saltim, si liceat, leuitèr tamen, & cùm causa liceat: sed non per hoc in pænam aliquam incidit maritus, qui leuitèr absque causa verberauerit vxorem, quia si id conceditur ratione correctionis, itaque id concedunt Magistro in discipulos, Patri in filios, propinquo seniori in iuniorem, vt in *l. sed, & si quecumq; in fine ff. ad l. Aequiliam, & in l. vnica C. de emend. proping.* patet ex traditis per *Viu. decis. 435. num. 6., & seq.* ergo non minus erit id cõcedendum viro in vxorem.

Et licèt contrarium suadere videatur *Barbosa d. rubr. solut. matr. parte 2. num. 36. in fine* dicens, vt etiam proptèr modicam castigationem, si fiat, & sine causa, incidat maritus in pænam de qua *in d. §. quia vero quadam, vers. si quis autem propriam in auth. vt liceat matri, & Auia*, quasi in iuribus prædictis, de emẽdatione propinguorum exigatur iusta causa; attamèn non puto eidem consentiendum: cùm pæna, de qua ibi, sit statu-

statuta tantummodo propter grauiorem, & acrem castigationem cùm flagellis, vel fustibus, vt in eo vers. *si quis autem propriam vxorem flagellis aut fustibus*, ergo si cessarent flagella, & fustes, crimus extra casum illius legis.

55 Secundus casus est quando agitur de graui, & acri verberatione, & tùnc sunt subdistinguendi alij duo casus. Nàm aut maritus verberauerit acritèr vxorem cùm causa, aut vero sine causa, & primo casu, quando grauis est culpa vxoris, puta deprehendisset eam in adulterio, vel insidiaretur vitæ ipsius, vel aliqua alia subesset causa, ex illis, proptèr quas de iure ciuili repudium permittebatur, de quibus *in §. quia vero plurimas in d. auth. vt liceat Matri, & Auiæ*, & tùnc licite poterit maritus acriter verberare vxorem, nec aliquam pænam incurreret propter dictam acrē verberationem, etiàm si cùm fustibus, & flagellis eam cæderet, & ità videtur expressè, ac disertis verbis dicere *text. in d. §. quia vero quadam vers. si quis autem propriam in auth. vt liceat Matri, & Auiæ*, argumento à contrario sensu adducto, quod validissimum est, & probat *Bald. in cons. 176. Caecilia num. 1. lib. 1. Paris. cons. 54. num. 35. col. 1. Menoch. cons. 299. num. 5. & 9. lib. 3.* cùm quibus videtur etiam consentire *Barbosa d. rubr.*

56 *parte 2. num. 35.* ex quibus redditur proindè suspecta opinio *Abb.*, marito grauitèr verberante vxorem, etiam si qualitas culpæ hanc grauem castigationem exigeret, ac etiam si culpa eiusdem vxoris esset grauissima, sed benè eiusmodi castigationem esse relinquendam Iudicis arbitrio *l. si quacumque 5. §. fin. ff. ad l. Aequiliam, & l. Prætor a dixit §. 1. vers. præterea ff. de iniur.* cùm sit eorum traditio contrà expressum *text. d. §. quia verò quędam in fine, & d. auth. sed nouo iure C. de repud.* paulo mox inducendis, & inferiùs etiam dicemus, aut verò secundo casu sinè causa acritèr ipsam maritus verberauerit flagellis, aut fustibus, & tùnc non licebit marito, quinimmo talitèr verberãdo incurreret pęnam, vt pro huiusmodi iniuria, ex sua substantia cogatur vxori dare, etiàm constante matrimonio, quantùm valet tertia pars donationis proptèr nuptias vxori factæ, & ità expressis verbis deciditur *in d. §. quia verò quędam, vers. si quis autem propriam*, cuius talia sunt verba. *Si quis autem propriam vxorem flagellis, & fustibus ceciderit, nec aliqua causarum, quæ contrà vxorem ad matrimonij solutionem sufficeret, iussimus, matrimonij quidem solutionem ex hoc fieri nolimus: virum autem, qui monstratur sine huiusmodi causa, vel flagellis, vel fustibus cædisse vxorem suam, tantum pro huiusmodi iniuria, ex alia sua dare substantia vxori, etiàm constante matrimonio, quantùm tertia pars ante nuptialis fuerit largitatis*, et illa intelligunt, et extollunt text. illum *Lucas de Penna in d.l. quicumq; num. 6. C. de re milit. lib. 12. Roman. in l. rei Iudic. §. 1. num. 5. ff. solut. matr. Boer. in consuet. Bitur. rubr. 1. §. 4. col. 3. ad medium, Franc. Marc. decis. 762. nu. 2. & 7. Tabieta in summa verbo vxor. num. 2.*

57 His sic modo explicatis quoad principale dubium desumptum ex tertia ampliatione: vtrùm scilicèt vxori concedatur in dictis iuribus, vt possit deuertere à marito, & separationem quoad Thorum petere proptèr grauem scilicèt verberationem, & tùnc indubitantèr respondendum erit ex dispositione dicti *§. quia verò quędam, vers. si quis autem propriam, iuncta auth. sed nouo iure C. de repud.* ex eo textu desumpta, non licere vxori diuertere proptèr dictam verberationem, tàm si ea leuitèr, quã si flagellis, vel fustibus, & sic acritèr fuerit facta, & tàm si fuerit facta sine causa, quàm si cum causa; sed tantummodò; ex causa dictæ acris verberationis, si fuerit ea sine causa facta,

58 concedi vxori actionem in factum stabilitam *in d. §. quia verò quędam vers. si quis autem propriam, & d. auth. sed nouo iure*: cùm nullo iure, nec canonico, nec ciuili, post dispositionem *d. Auth. sed nouo* diffiniatur, vt propter verberationem etiam acrem, ac etiam sine causa possit vxor, aut de domo viri aufugere, aut ab eo diuertere; siuè separationem petere, sicuti falso authumabant interpretes, quorum numero sunt *Thes. & ab eo relati d. decis. 130. num. 2.* cùm proptèr acrem verberationem non nisi actio ciuilis in factum

factum vxori ad pœnam prædictam competit, vt post *Ioann. Andr. in addit. ad spec. tit. de iniur. Catell. Cotta in suis memorabilib. verbo actio iniuriarum, ac verbo vxor atrociter, Tiraq. de leg. connub. lib. 1. §. 1. num. 24. Alex. in l. diuortio §. si virum 3. ff. solut. matr. Couar. de matr. 2. parte c. 7. §. 5. num. 1. Plaza epit. delict. lib. 1. cap. 7. num. 3. in fine*, denegata eidem actione criminali iniuriarum, ex quo infamat *l. 1. ff. de his qui not. infam.* nàm actio infamatoria denegatur coniugi contrà coniugem in honorem matrimonij *l. 2. ff. de act. rer. amot.*

59 Et ex his deducitur, non benè sensisse *Roland. à Valle cons. 72. post n. 17. lib. 3.* & post eum *Viu. decis. 435. num. 23.* nec meruisse ab ijs allegari *text. in l. præsenti §. sanè in verbo interuentionem, C. de his, qui ad Eccles.* ex quo desumi, statuunt, quod vbicumque maritus iracundiùs, moderatiùsque, quàm decens sit, in vxorem animaduertit, verberando, vulnerando, vel aliâs violentiam, crudelem, acerbã, magnamque sæuitiam adhibendo, habebit locum iuramentum, vel cautio idonea, quod eam non lædet in futurum, &, quod proindè puniendus sit, quantum ad rem publicam, quod etiam gratis affirmauit *Surdus de alim. tit. 7. q. 16. num. 6.* quoniam tantum abest, vt id, quod asserunt postremo loco; puniendum scilicet, esse virum, quantùm ad rem publicam, non esse verum, nèc ex eo *textu* probari, quod imò potiùs contrarium ex eo desumatur, disponit namque *text.* ille de alijs, quàm de vxore, loquitur namque de seruis, colonis, vel de adscriptitijs, familiaribus, siuè libertis, & alijs huiusmodi personis domesticis, vel conditioni subditis. Nec est facienda vis in verbis illis, *& alijs huiusmodi personis domesticis*, quasi, quod appellatione domesticorum veniat etiam vxor, quia verba illa nullatenùs intelligi possunt de vxore, duplici medio.

60 Primo, quia intelligitur de alijs personis similibus primis conditione seruili, quales sunt serui, liberti, &c. de quibus inibi expressa mentio habetur, dictio namque *huiusmodi* est relatiua præcedẽtium cùm omnibus suis qualitatibus, ad tradita *per glos. in c. Abbate, & cap. nemo verbo huiusmodi de elect. in 6*, concordant innumeri relati *per Barbosam de dict. vsufreq. dict. 138. num. 1.* & vxor non habet conditionem seruilem, sed socialem, vt pluries supra inculcatum est.

61 Secundo, quia si esset verùm, quòd extẽderetur *text.* ille etiam ad vxorem, esset ex diametro contrà *text. in d. l. 2. C. de act. rer. amot.* in quo specificè cauetur non dari actionem turpem contrà vxorẽ in honorem matrimonij, qualis esset illa furti, in qua *in d. l. præsenti, §. sanè C. de his qui ad Eccles. confug.* sicuti expresse de actione furti decidit *text. in l. 1. ff. eod. tit de act. rer. amot.*

62 Casus igitur, in quo conceditur vxori diuortium à marito proptèr ipsius sæuitiam, est de quo habetur *in cap. literas de rest. spoliat. in fine*, ibi, *si verò tanta sit sæuitia viri, ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas prouideri, non solum non debet illi restitui, sed ab eo potiùs amoueri, alioquin, sufficienti (si fieri potest) securitate prouisa profecto videtur coniux ante causæ cognitionem restituenda marito*, ac *in cap. ex transmissa eod. tit.* ibidem, *si antea capitali odio ità mulierem vir persequitur, quod merito de ipsa diffidat, alicui probatæ honestæ mulieri vsque ad causæ cognitionem custodienda, studiosius committatur in loco vbi vir, vel parentes eius mulieri nullam possint violentiam inferre*, prout Neapoli practicatur in aliquo Monialium Monasterio.

63 Et hoc est, in quo decipiuntur *Doct.* confundentes sæuitiam, cùm acri verberatione, etiam cùm baculo, aut flagellis, aut fustibus, aut alio instrumento, sed benè ad eam inducendam plures actus cõtinuatarum percussionum, ac ipsarum assiduitas requiruntur, ità vt incutiant metum, etiam de futuro, sicuti in proprijs terminis considerauit post *Rol. Riminald. Iun.* ac *Henriquez* in locis per ipsum relatis *Sanchez de matr. lib. 10. disput. 18. num. 16.* qui de mente *Henriquez* vbi suprà dicit, exigi ad id molestam cohabitationem rixas, & discordias omnia assiduitarem quandam importantia, inibiq; etiam *Sanchez* respondet ad fundamenta *Barbosæ*, qui distinguebat, vtrum scilicèt percussio grauis inferret periculum mortis, aut non illud inferret, & quod si inferr-

inferret, concedi deberet diuortium, si verò non inferret non aliud concederetur, sed tantùm actio in factum, siuè pœna, de qua *in d. §. quia vero quadam verf. siquis autem propriam*, quoniam ex supradeductis detegitur falsa dicta *Barbosæ distinctio*: cùm non debeamus inspicere modum percussionis, siuè qualitatem ipsius, dato etiam quod actus ille percussionis sit grauissimus; sed benè continuationem ad inducendā seuitiā in *termin. d. cap. lit. de restit. spoliat.*, ità vt deducatur ex ea istus metus, qui cadat in cōstantē virū, ac molesta exindè cohabitatio, & sic debet intelligi *Nouarol. alleg. 29.*

Formandæ sunt modo pro maiori, & clariori materiæ istius intelligentia, ac diffiniendæ aliquę conclusiones, ex quarum positione, & resolutione redderetur omnino absoluta materia isthæc seuitiæ viri in vxorem.

64 Prima conclusio sit, quæ patet ex suprapositis: licere scilicet viro vxorem suam moderatè castigare, ac etiàm in carcere includere, nec ex hoc incurrere pænam aliquam pro dicta læui castigatione.

65 Secunda sit conclusio, licere paritèr ei illam acritèr verberare, concurrente aliqua ex causis, proptèr quas concedebatur de iure ciuili repudium, de quibus *in §. quia vero plurimas in auth. vt liceat Matri, & Auiæ.*

66 Tertia sit conclusio, quod verberans vir acritèr vxorem sine iusta causa ex prædictis, incurrit maritus pœnam tantummodo ciuilem ipsi vxori explicandam, de qua *in d. §. quia verò quadam §. si quis autem propriam Auth., vt liceat Matri, & Auiæ, & in Auth. sed nouo iure C. de repud.*

67 Quarta colligitur conclusio, negari vxori acritèr verberatæ actionem criminalem contrà maritum, tanquam infamatoriam, sed dari tantùm ei actionē in factum ciuilem, de qua in præcedenti conclusione.

68 Quinta colligitur conclusio, non reddi scilicèt veram interpretum traditionem asserentium pro acri verberatione, dari actionem criminalem vxori ergà virum, ac exindè postmodum pænam arbitrariam, quorum numero sunt *Menoch. de arbitr. Iudic. casu 364. num. 14. Vin. decis. 435. num. 15.*, post alios, quos ibi adducunt, cùm contrarium supra firmauerimus ex textu *d. §. quia uero quadam verf. si quis autem propriam*, sicuti probar prę ceteris *Alciat. de præsumpt. regula 1. præsumpt. 3. num. 3.* ab ipsis pro eorum opinione adductus: nisi tamen atrocitas vulneris vxori illati aliud suadeat, quemadmodum concludit idem *Alciat. ibidem per text. in d. §. atrox instit. de iniur.* comprobans hoc authoritate *Guid. Papæ in tract. de præsumpt. in pæn. carta*, post quos sic etiam censuit *Morotius cons. 41. num. 10.*, vbi alios etiàm consentientes recenset, quod mihi non arridet, vsusque forensis idem non probat, quandoque proptèr atrocitatem

69 vulneris in vxorem illati, dari aduersus maritum inferentem actionem criminalem, idemque prouenire ratione vulneris grauitèr illati vxori, ratione percussionis, quamuis tamèn ea immoderata fuerit, sed benè arbitrium Iudicis erit in arbitrando, quando scilicèt dicatur moderata, quando verò immoderata castigatio in terminis *dicti §. quia verò quadam*, sicuti post *Homed in cons. 63. num. 2. cùm seq.* concludit *Vin. dicta decis. 435. num. 14.*, quod extendendum etiàm puto ad finem arbitrandi, quando dicatur atrox iniuria ex qualitate vulneris illati, non tamèn proptèr simplex vulnusculum poterit Iudex iudicare, esse locum pænæ aduersus virum, contrà quem nulla regularitèr irrogatur.

70 Sexta colligitur conclusio, proptèr seuitiam viri, posse vxorem discedere de domo ipsius, ac seperationem petere, quo casu debeantur ei etiam alimenta per virum extra domum, vt concludebamus supra *ex Baldo & D. de Franch. in locis inibi per nos relatis, Fontanella decis. cath: 306. de pact. nupt. tomo 2. claus. 7. gl. 2. parte 10. num. 52. Farinac. in recollect. decis. 706. Altogr cons. 22. sub nu. 19. vol. 2. Cyriac. contr. 172. num. 91. sequitur D. de Luca obseruat. ad D. de Franch. 244. sub num. 3.*, quibus addi possunt *Ricc. decis. Cur. Arch. Neap. 8. parte 2. in princ.*, ac quo ad præstationem alimentorum *Cordubam in l. si quis à liberis siuè in*

Nn *tract.*

tract. de alimentis §. *si quis annis nu.*210. *ff. de ann. praestat. Surd. Consim. tract. tit.*7. *quaest.*16. *nu.*4. *mixtumq; quo ad vtrumq; Neuiz. in sylua nupt. lib.*1. *num.*37. *&* 38. vbi alios etiàm concordantes cumulat, ipsisque adde etiam *Gutt. Canon. quaest. lib.*1. *cap.*28. *num.*8. *Sanchez de matr. dicta disput.*18. *lib.*10. *Ambros. decis. Perus.* 31. *num.*30. *Pegu. decis.*20. *per totam* vbi *num.* 11. dicit, tacite bona mariti esse obligata ad praestationem dictorum alimentorum *Anna san. sing.* 21. *D. Paschal. in tract. de vir. patr. potest. parte* 3. *cap.*4. *num.*24. quod tamen intelligit *Sanchez. loco cit.* quando periculum esset in mora, nec de facili pateret additus ad Iudicem, quod similitèr non licere, quantumcumque vitae periculum esset notorium, quando sit paratus maritus praestare cautionem de non offendendo, & quod nihil vxori faceret, voluerunt *Bursat. cons.*207. *num.*26. *lib.*2. *Barbosa in d.* 2. *parte num.*26. *in fine*, *ac Sanchez. d. lib.*10. *disput.*18. *num.*3.

71 Vndè concludebant Doctores, posse mulieri succurri media cautione praedicta de benè illa tractando, & de non offendendo, sicuti disposuit *text. in d. cap.*2. *ex transmissa*, *& cap. literas de restit. spoliat.*, per quae iura, iuncto etiam textu *in cap.* 1. *& lite non contestata*, sic communi consensu censuerunt *gl. in cap. de Benedicto* 32. *p.*1. *Abb. in d. cap. literas num.*7. *Praepositus in cap.*1. *de diuort. Bald. in d. cap.*1. *vt lit. non contest. Lapus in repet. in cap. per vestras* 3. *notab. col. pan. de donat. inter vir. & vxor. Hippol. in l. fin. C. ad l. Corn. de sicar. Couar. de matr.* 2. *parte cap.*7. §. 5. *num.*1. *Guit. canon. quaest. lib.*1. *cap.*24. *num.*3. *Sanchez. de matr. d. lib.*10. *disput.*18. *num.*31. *Anchar. Regiens. quaest. famil. lib.*3. *quaest.*28. *num.*13. *Morot. in cons.* 41. *num.*10. caeterique passim, qui omnes concludunt, non esse restituendam marito vxorem, quae proptèr eius seuitiam discessit, nisi praestiterit prius cautionem de non offendendo, & de ea bene tractando.

72 Et hoc etiàm si vxor fuisset causa seuitiae *Abb. in d. cap.*1. *vt lite non contest. Paris. cons.*54. *num.*13. *vol.*4. *Neuiz. in sylua nupt. lib* 1. *num.*39., vbi dat exemplum de causa, dicens puta, quia commisisset adulterium, vel quia cum stetisset cùm amasio, non auderet redire ad virum, hoc idem voluerunt *Natta cons.*616. *num.*1. *Menoch. cons.*299. *num.* 5. *Surd. in tract. de aliment. tit.* 7. *quaest.* 16. *num.* 8., *Episcopus Riccius decis. Cur. Archiep. Neap. parte* 2. *num.*2., *& patet in dicto cap. de Benedict.* 32. *p.*1. *vt Grat. discept. forens. lib.*4 *cap.*239. *num.*59.

73 Est tamèn benè verum, quod quando non potest mulieri succurri dicta cautione, cautumque eidem non videatur, si se committat fragilitati cautionis, tùnc omnino debet interponi decretum diuortij, siuè seperationis, vt disponit disertis verbis *text. in d. cap. literas*, nèc erit alitèr vxor marito restituēda, ratio est, quia satisdatio non mutat propositum maleuolum §. *nouissimè instit. de suspect. tutor. in proprijs terminis Barbosa d. rubr. solut. matr. parte* 2. *num.* 27. *Gutt.*, *qui alios recenset d. cap.*24. *nu.* 3. *vsque*, *adde Morot. cons.*41. *num.*4. *Cost. de fact. scient.*, *& ignor. cent.* 2. *dist.* 25. *num.*4. *M. Ant. Macerat. var. resolut. lib.*1. *resolut.*35. *num.*7. *Grat. vbi supra n.*160., sed tùnc erit in aliquo tuto reponenda vxor loco, nempè vel in aliquo conseruatorio, aut alicui honestae Matroni tradetur custodienda, vt *in d. cap. ex trāsmissa*, ac censuit *Morot. d. cons.*41. *num.* 2., & si alitèr, imprudētèr facerent superiores, & scio ego per imprudētiā vnius Baronis à maritis interfectas quatuor pauperculas mulieres, & Deus scit, si innocentes.

74 Adhùc etiam vt possit succurri mulieri remedio cautionis, oportet vt cōstet prius de seuitia, & sequuta iusti timoris cognitione *Vulpell. in tract. de pace*, *indicijs*, *& de promiss. de non offend. quaest.*74. *Herculanus in tract. de caut. de non offend. cap.*1. *num.*8. *cum seq. Viu. decis.* 435. *num.*4. *post Rol. à Valle cons.*27. *col.*3. *ac Natta cons.* 616. *Alex. cons.* 46. *col.* 5. *vers. quarto principalitèr vol.*6. non enim, vt concludunt praefati Doctores, erit de hoc standum solo dicto mulieris allegantis seuitiam, & proptèr hoc negantis se velle redire: nisi priùs illam probet, etiam si iuramento id affirmaret *Padilla in l. si supèr possessione num.* 26. *C. de transact. Sanchez d. disput.* 18. *num.* 27.

Digitized by Google

27. *Ricc. d. decis. 8. parte 2. num. 4.*

75 Et testes examinãdi ad probationem dictæ sevitiæ debent esse omni exceptione maiores *Paris. cons. 54. num. 16. vol. 4. Rol. cons. 50. num. 1. & nu. 12. lib. 1. Barbosa loco cit. num. 27. Sanchez. d. disput. 8. num. 28. Anch. d. quæst. 28. parte 3. num. 6.* sufficient tamen, & rectè fiet probatio, si testes adhùc erunt singulares *Grat. discept. forens. cap. 738. num. 52.*

76 Sevitia prædicta ad hunc finem non tantùm probanda est de præterito, verum etiàm est probandus timor futuræ sevitiæ *Couar. de matr. parte 2. cap. 7. §. 5. num. 1. vndè Gutt. loco cit. num. 9.* asserit, debere esse cautum aduocatum in formandis articulis, vt scilicet formet illos non solum præteritæ sevitiæ: verùm etiàm timoris probabilis futuræ, ità, vt seperatio non fiet, nisi verisimilitèr timeatur, maritum necaturum vxorem.

77 Cautio itidem isthæc præstanda à marito de non offendendo vxorem, erit cùm fideiussoribus præstanda, nèc sufficiet iuratoria cautio ipsius mariti de nõ offendendo illam, sicuti in terminis cẽsuisse *Regiam Audientiam Barensem testatur Viu. decis. 475. num. 20*, quod docuit etiàm *Sanch. d. lib. 10. disput. 18. num. 40.*

78 Septima conclusio recipiet praxim procedendi in materia ista, de qua habetur apud *Gutt. canon. quæst. 7. cap. 24. lib. 1. num. 6.* & apud *Sanch. d. disput. 18. num. 30.* nàm Iudex ecclesiasticus, ad quem spectat cognitio isthæc dum agit vxor ad seperationem ratione sevitiæ, sicuti constat ex traditis per *D. de Frãch. d. decis. 244. in princ.* testantur expresse *Caualc. de Bracchio regio parte 1. tit. de libero arbitrio mariti in vxorem lib. 2. Macerat. var. resolut. lib. 1. resolut. 35. nu. 9. Prosper Petra in addit. ad decis. Capicij 7. num. 4.* post alios, quos ibi recenset, ac *Marcus Antonius Genuensis in praxi Cur. Arch. Neap. cap. 15. in fine*, vbi dicit ad ecclesiasticum spectare assignare locum tutum, & honestum mulieri, quæ decesserit à viro propter ipsius sevitiã, nec potest eidem cõsuli per cautionem, & *Peguera d. decis. 20. in fine* dicit taxationem alimentorum in hoc casu, etiam per Iudicem ecclesiasticum faciendam esse, Iudex inquàm ecclesiasticus statim, quod instat mulier pro seperatione quo ad Thorum, & mutuam seperationem ex causa magnæ sevitiæ offert libellum supèr hoc, dicens, se offerri incontinenti hoc probare, postmodùm Iudex ordinarius competens præcipit, vt det informationem testium hoc probantium constito, si videbitur Iudici, sufficientèr, statim interloquendo, pronũciat ipsam esse deponendam pænes mulierem probam, & honestam, aut pænes aliquem locum pium, quorum sunt multa in hac Neapolis Ciuitate, quæ templa vocantur vulgaritèr tempij, seù conseruatorij, cùm præcepto marito, & eius parentibus, nè vllam ei iniuriam, vel molestiam inferant sub pæna excommunicationis, aut alijs pecuniarijs pænis suo arbitrio applicandis, ac insupèr, vt maritus præstet vxori vestes necessarias si eas detinet, ac alimenta, litiumque expensas, quæ statim ipse Iudex moderatur, hæc ex *Gutt., & Sanch. loco cit.*, & talis taxatio debet esse moderata: cùm vxor, pendente lite, teneatur modestè viuere in domo parentum, vel in Monasterio, non autem sumptuosè *Grat. discept. forens. cap. 857. num. 51.*

79 Octaua colligitur conclusio, quod non obstante cautione prædicta præstita per maritum, de non offendendo vxorem vt supra, ac de bene illam tractando, non per hoc denegatur eidem marito, quin possit adhùc eandem vxorem secundum debitum modum corrigere, nec ob id dicetur contrauenire cautioni præstitæ *Abb. d. cap. ex transmissa nu. 3. de restit. Spoliat. Paris. d. cons. 54. num. 34. lib. 4. Surd. in tract. de alim. d. tit. 7. quæst. 16. num. 10. Moro. d. cons. 41. num. 11. Graff. decis. aur. caus. conscient. lib. 2. cap. 84. num. 1. Sanchez de matr. disput. 18. quæst. 2. in fine, Costa in tract. de facti scientia, & ignor. cent. 2. dist. 25. num. 7. D. Consil. Pascal. de virib. patr. potest. parte 3. cap. 4. num. 20.*

80 Nona colligitur conclusio, Iudicis arbitrium esse, arbitrari, quanta sit sevitia mariti, & ob id non posse prouideri vxori remedio cautionis de non offendendo *Abb. d. cap. literas num. 7. de restit. spoliat. Doct. vnanimitèr desupèr citati.*

Nn 2 Deci-

Digitized by Google

81 Decima colligitur conclusio, interposito decreto seperationis quoad Thorum propter seuitiam viri, restituendam esse vxori, non tantum dotem, sicuti censuit *Abb. in d. cap. 1. not. 3. extra vt lite contestata*, verùm etiàm medietatem bonorum à viro ante seperationē quæsitorum *cap. significauerit iuncta gl. 1. de donat. inter vir. & vxor. D. de Franch. d. decis.* 244. alios congerit longa remissione *Guttierez d. cap. 24. num. 14. quib. adde Barbosam dicta rubr. ff. solut. matr. parte 2. num.* 38. *Constam dicto tract. cent. 2. distinct.* 25 *num.* 12. *Paschal. de vir. Patr. potest. parte 3. cap. 4. num.* 25. *Grat. qui alios etiàm adducit discept. Forens. d. cap.* 857. *num.* 64., *D. Reg. Sanfelic. decis.* 108. *num.* 34. alia per multa in materia seuitiæ viri, & excipi poterunt, à *D. Reg. Capyc. Galeota illustr. contr. lib. 2. qui contr.* 61. per totam examinat, an scilicèt per eam, aut proptèr viri adulterium possit vxor diuortium petere, & agere pro dotis restitutione, & coràm quo Iudice sit desuper lis instituēda, & prosequenda, post eum vide nouissimè *D. de Luca obseruat. ad D. de Franch.* 312. *sub num.* 7. & 8.

82 Præfata omnia, quæ diximus de repudio, & diuortio proptèr verberationem, cessare apud *Moscouitas*, teste *Sigismundo liber. Bor. in comment. rerum Rut. siuè Moscouit.* de quo meminit *Petrus Gregor. Tholos. Syntagm. iur. ciuil. lib. 9. cap.* 15. *nu.* 22., quoniam tametsi ipsi admictant repudium, non illud admictunt causa verberū, eo quod mulieres illæ, se côtēni à viris, nec diligi putant, nisi verberentur.

83 Et *de lege Platonica 1. de legib.* patet, vt si vir, & vxor proptèr maximam acerbitatem non conueniant, decem viri de legum custodibus, qui medij sint, & decem mulieres de curatricibus condubiorum prouideant, quorum sententia si ità conciliati sunt, valida, & stabilis habeatur, sin autem eorum animi vehementiùs iracundia fluctuent, facto diuortio, illos, illasque pro viribus quærant, qui, quæuè vtrisque conueniant hæc *Tholos. loco cit. sub num.* 25. qui apud *Persas* diuortium esse, testatur, ob solam vxoris contumaciam viro obtemperare contendentis *Haster. cap.* 1., & de eius historia *Ioseph. lib.* 11. *antiq. cap.* 6.

84 Aduertendum nùnc ex præfatis omnibus moneo, quod tametsi permictatur viro læuitèr vxorem suam verberare, abstinere tamen à talibus, & vtiliùs esset, & honestius tolorare: nāq; debent mariti imperfectiones aliquas mulieris, si quas in ea dignoscunt, tolorare: cū dicat *Arist. loco cit., ignoscere debere Virum parua peccata vxori, adhùc voluntaria, & commonefacere si quid per ignorantiam deliquerit*, aliàs etenim, vt inquit ipse itidem *Arist.* hæc fient in causa, vt mulier ad mœchos inducatur, & affert exemplum 2. *oeconomorum* 3. de chytemnestra, quæ propter iniurias viri adultera, & cædis conscia fuit, eo quod, vt dicebamus supra, nulla maior, nec perniciosior domui pestis, quàm cum iram mulieris verberatæ comitat in se maritus.

85 Scribitur ad id, & à cunctis notabilitèr id commendatur: non omne scilicet, quod permictitur honestum reddi, & sine vitio dici, & quod tradit *Paul. lib. 6. ad edictum, & habetur in l. non omne de reg. iur.*, quod non omne, quod licet, honestū est. Tria namquè, inquit *Lucas de Penna in l. retractare sub num. 2. C. ne fiscus rem, quam vendidit lib.* 10. sunt in omni negotio attendenda, videlicèt quod liceat secundum æquitatem, quod deceat secundum honestatem, & quod expediat secundum vtilitatem, adducit *textum* hæc disertis verbis diffinientem *in cap. Magnæ. 7. post principium vers. & quidem extra de voto*, est id etiàm in coniunctionibus receptum, in quibus non solum, quod licet considerandum venit: verum & quod honestum etiam est, sic *Modestinus lib. sing. de ritu nupt.* de quo *in l. semper* 158. *ff. eod. tit. de reg. iur.*, & *in l. semper* 42. *ff. de ritu nupt.*

86 Affertur de hoc notabile exemplum *ab Vlpiano in lib. 26. ad Sabinum transumptiuè in l. si qua mihi vxor. §. si vxor mea ff. eod. tit. de ritu nupt.*, in qua diffinitur, quod tametsi ex sententia *Iuliani* non dicatur priuignā, quæ nascitur ab vxore alteri nupta post diuortium duci, abstinendum est tamen ab eius nuptijs.

Alia plura exempla reticeri poterunt de ijs, quæ tametsi liceat, non sunt tamen

men honesta, nec præcisè, absoluteq;
probata, quorum aliqua referam pro
ornatu huius exiomatis, quod scilicèt
non omnia, quæ licent, permissaque
appareãt, sunt facienda: cùm multa per-
missa iure ciuili appareant, quæ tamen
iuris canonici dispositione, vel iure Po-
li non sunt recepta.
87 Primum eorum exemplum redditur
in contractibus, in quibus licèt contra-
hentibus se ipsos ad inuicem decipere
permictatur, ad *text. in l.si pretio §.fin.ff.
loc., & in l.in causa §. idem Pomponius ff.
de minorib.*, dummodo tamèn non ex-
cedat deceptio vltrà dimidiũ iusti pre-
tij, ad notata per *text.in l.2. C.de rescind.
vendit., & in cap.pen. extrà de empt., &
vendit.*, & probauimus suprà *tit. 1.cap.*
88 *15.num.* 23. tamèn id facere non con-
uenit probo viro, vt censuit *gl.in d.l.sem-
per ff. de reg.iur.*, quam glosam probat,
commendatque *Bald. in cap.si proponitur
vers., & nota quod interdum, extrà de re-
script., & in cap. cùm causa in fine de te-
stib.*, vbi notabilitèr etiàm inquit, quod
licèt iura permictant deceptionem in-
fra dimidium iusti pretij, id tamen non
est licitum in foro conscientiæ, & sub-
dit, quo ergo vadit anima mercatoris?
gl. præfata commendant, & sequuntur
communitèr Doctores, & nè dum *sacri
Theologi*, intèr quos *Diuus Thomas 2. 2.
quæst.77. art.1. Sot.in 4 sent. distinct.15.
quæst.10. art.2.concl.3.& Gabr. Diez in
eadem dist.15.quæst.10.num.2.vol.1.*, ve-
rùm etiam canonistæ, iuristæ frequen-
tèr, quorum insignis cateruа coaceruа-
tur, iuxtà morem, per *Tiraq.de legib.con-
dub.lege 9., & num.*8., & 14. *ijsdem* addo
Fortunium Garziam exemplũ istud no-
tabilitèr discutientem *in tract. de ult.fine
iuris ex num.272. ad num.278. Azor.in-
stit.Moral.tomo 1.lib.5.cap.2.lit.A. concl.*
564.
89 Secundum exemplum est de marito
occidente vxorem in adulterio depre-
hensam in flaganti, cui nè etiam eius-
dem Patri licentiam, et facultatem im-
pune eam occidendi impartiuntur ciui-
lia iura tùm communia respectu mariti
*in l.marito, & in l. nec in ea ff.ad l.Iul.de
adult. & in l.Gracchus C.eod. tit. & respe-
ctu Patris in l. quod ait ff. eod.tit. ad l.Iul.
de adult.*, cùm peculiaris præsertim in
Regno respectu vtriusq; *stet constit.eiusd.
incip. si maritus*, quod tamèn tempera-
tum est de iure canonico, et non per-
mictatur sine labe, quo peccare mari-
tum, et Patrem occidentes vxorem, aut
filiam respectiuè adhuc adulteras, au-
thoritate *Diui Augustini lib. 2. de adulte-*
90 *rijs coniugijs* disertis verbis dicentis,
*Non licere Christiano Homini vxorem
adulteram occidere*, et habetur *in cap.si
quod veriùs, & in cap. admonere 33.q.2.*
adnotaturque *in cap. intèr hæc eadem
caus. & quæst.* voluerunt communitèr ca-
nonistæ *in cap.si vero il 1. de excom.Abb.
tàm ibi, quàm in cap.veniens il 2. de spon-
salib.* alios recenset *Fortunius Garz. de
ultimo fine iuris num.165.* adde *Sayrum
in claui Regia siue Thes.caus. conscient.to-
mo 1.lib.7. cap. 10.num.* 8. vbi per totum
capitulum agit etiàm de multis perso-
nis, quibus iure ciuili indulgetur, vt pos-
sit impunè occidere, quod tamen iure
canonico denegatur, eorumque numeri
sunt aggressi erga inuasores pro propria
vita defendenda, item erga Tyrandum
de Populo. rursus erga aggressores pro
defensione honoris cùm modoramine
inculpatæ tutelæ. Insuper erga inua-
sorẽ pro defensione rei familiaris, alios-
que consimiles, cùm iure eo canonico
peccati macula ij tales ligentur per *Co-
tas*, quas in vnoquoque ex præfatis cu-
mulat, adde etiàm ad comprobationem
dispositorum in hoc exemplo *Azor. in-
stit. Moral. tomo 1. lib.5. cap.20. col. 501.
lit.C.vers. dubitatur igitur, vide Vasq; il-
lustr. contr.cap.11., & 12.*
91 Tertium exemplum in odium concu-
binariorum, quoniàm quamuis iura ci-
uilia concubinatum permictant, vt to-
to *tit. C. de concub.*, iure tamèn canonico
is improbatur, lætalique culpa concu-
binarij ligantur, vt *in cap. nemo sibi, &
in cap.Meretrices 32.q.4.*, & maximè cõ-
cubinatus improbatus est ex dispositio-
ne *sacrosancti Concilij Tridentini sess.24.
cap. 8. de reform. matr.*, quo remedium
etiam, ac praxis agendi contra concu-
binarios præscribitur, si concubinas di-
mictere non curauerint.
92 Quartum additur exemplum de ali-
mentis filijs ex damnato, improbatoque

coitu

coitu præstandis, in quibus quicquid ius ciuile statuerit, non esse scilicèt talibus ea præstanda, per *text. in auth. ex complexu C. de incest.nupt. & in corpore unde sumitur*, ac in *auth. licèt in fine C. de naturalib.lib.* seruandam tamèn circa eandem iuris canonici dispositionem, qua cauetur filijs adhùc spurijs ex incestu, quouisuè damnato coitu, siuè congressu susceptis alimenta prçstari debere, dato etiàm, quod Pater eidem ea dare prohibuerit, vt *in cap. non haberet de eo, qui duxit in matrim., quã polluit per adult.*, consenserunt communitèr omnes, quos excipi lubet *à Fortunio Garzia d.tract. de ult.fine iur.num.109.& ex Azor.instit.moral.tomo 1.lib.5.cap.21.vol.562. lit.D.* qui ambo multa circa id etiã expendunt, & declarant, & ità seruari in praxi, decisum affirmat *Thes. decis. 211. num.2. vbi ex num.13.ad finem* aliquas fallentias coaceruat, quibus insititit etiam *Thes.filius in addit. ad eundem ibid.lit.E.*

93 Quintum exemplum respicit dotem filiarum naturalium, quas non teneri Patrem dotare, author est *Bart.in l.si quis à liberis §.vtrum ff. de liber.agnosc., & in l.fin.C. de dot.promiss.col.2. uers. sed nunquid*, vbi etiàm *gl. per text.* quem dicit formalem *in l. uxorem §. pater naturalis ff. de legat. 3.*, sed quia tùm iure canonico, cùm etiàm ciuili filijs naturalibus sunt debita alimenta, vt dictum est in præcedenti exemplo, nèc tantùm à Patre: verum etiàm ab hæredibus, per *text. in auth. licèt C. de natur.liber. & in auth. quib.mod. nat.effic.sui §.si uerò filios, & §. fin.*, quod etiàm spurijs indulgetur, per *text.in d.cap.non haberet de eo, qui duxit in uxor. quam polluit per adult.* de quo similitèr in præcedenti exemplo, & valet argumentum de alimentis ad dotem, & è contrà, per cotas, quas cumulat, *Eucrard. in centum locis, loco 70. ab alimentis ad dotem per tot., & Camill. Gallin.de uerb.sign.lib.5.cap.16. num.29.* iure merito, vt etiàm naturales, & spurias dotare tenentur naturales Patres, eorumque hæredes, iure deducit *Garz. d.tract. de ult.fine iur.sub n.144.*

94 Sextum exoritur exemplum circa promissiones absenti factas, cui non quæritur irreuocabiliter ius media persona interposita, si persona illa interposita non fuerit, aut in potestate absentis constituta, aut eiusdem negotia gereret, quales sunt serui, filius fam. & procurator ad *text.in §.alteri instit.de inut.stipulat.itemque toto tit.ff.& C. de procurat. & instit. per quas personas nob.acq. oblig.* fallit hoc tamen de iure poli, prout in conscientia quis obligatur fauore absentis, & ità post *Syluestr. censuit Azor. instit.moral.tomo 1.lib.5. cap.21. col.564. sub lit. B.*

95 Septimum redditur exemplum de pacto de non succedendo Patri à filio facto tẽpore, quo nuptui traditur, quod iure ciuili non ligari paciscentes tanquàm de futura successione appositum, siuè negatiuum illud sit; scilicèt de non succedendo, siuè affirmatiuum scilicèt de succedendo, patet per *text.in l.si quãdo §.1.C.de inoffic.Test. in l.pactum, quod dotali & l.ult.C.de pact. & l.pactum dotale C. de collat.* cùm concordantibus, de quibus in nostro *tract.de hæred.act.lib. 9.* dato adhuc, quod iuramentum eidem accesserit, quemadmodum pluribus placuit, & autumarunt *ex reg. non est obligatorium de reg.iur. in 6.*, quos recensent *Fortunius Garz.d.tract. de ult.fine iur.nu. 296. & 297.*: nàm iure canonico, si tali facto iuramentũ accesserit ligari eo paciscentes, eo quod potest illud sine interitu salutis æternæ obseruari, cauit disertis verbis *text. in cap.quamuis pactum de pact. in 6.*, & hoc iure indifferentèr vtimur, & est id receptissimum in omni curia, & foro, & patet in relatis in proximis terminis per *Barz. decis. Bonon. 103.num.12.*, & per *Seraph. de priuil.iuram.priuil.21.num.1. cum seq.*

96 Octauum subsequitur consimile exẽplum de donatione intèr virum, & vxorem, constante matrimonio facta, quæ substinetur ex iuramento in ea apposito *Doct.omnes, de quib.longa remissione per Seraph. D. tract. de priuil. iur. priuil. 21. num.3.*, quamuis alias de iure ciuili ea prohibeatur *per text. in l.1. 2., & 3.§.uideamus, ac toto tit.de donat.intèr uir., & uxor.*, & quamuis adhùc in ea Iudicis decretum, aut superioris alicuius intercederet, ad tradita per *Lapum in rubr.de*

donat

donat. inter virum, & vxorem num. 46. in princ.

97 Nonum exemplum est de dispositionibus testamentarijs, quæ pro eorum validitate, attenta iuris ciuilis dispositione, exigunt numerum septem testiū, vt *in l. si vnus, & in l. hac consultissima, & l. fin. C. de testam.* nàm receptum est de iure canonico *per text. in cap. relatum, & cap. cùm esses de testam.*, vt sufficiant duo, vel tres cùm Parocho suo, vt latius in dictis capitulis.

98 Decimum, & vltimum exemplum pro nùnc habes in contractibus, in quibus aliquando pacta sunt seruanda nō secundum quod licet, sed benè quod decet, maximè quando vnus ex contrahentibus esset in damno, alter in lucro, vt patet apud *D. Gizzarell. decis. 29., & post eum addentes omnes ad eandem*, & hęc postrema exempla signa, non tanquam symbola, sed ceù aduersantia.

ARGVMENTVM.

Societas conuentionalis an sit symbola cùm mandato.

SVMMARIVM.

1 *Mandatum quid & nu. 2.*
3 *Mandatum aliud est propria, aliud impropria significationis.*
4 *Mandatum quando sit magis locatio, & conductio.*
5 *Mandatum improprium quale dicatur.*
6 *Mandatum quale sit, quando dixero, si feceris, experieris apud non ingratum reposuisse operam.*
7 *Mandatum nullum recipit à iure certum diffinitum salarium.*
8 *Salarium promissum procuratori an faciat quominus possit contrà eum opponi de insufficienti mandato.*
9 *Mandatum verbis, vel literis cōcipitur.*
10 *Mandatum tacitè suscipitur.*
11 *Mandatum tacitum est, quod à lege fingitur.*
12 *Mandatum differt à priuilegio, & rescripto.*
13 *Mandatum aliud legale, alìud hominis.*
14 *Procurator priuatorum differt a Procuratore Cæsaris.*
15 *Procurator publicus qui.*
16 *Oaconomus qui dicatur.*
17 *Oaconomus intelligitur secūdum subiectam materiam.*
18 *Administrator publicus scire prius debet sua propria priuata negotia, & postmodum præesse rei publicæ, & refertur dictum Apostoli num. 19.*
20 *Res famil'iaris est pro re publica.*
21 *Domus est pars, quarum multitudine cōstituitur Ciuitas.*
22 *Oeconomus denotat idem quod Paterfamilias.*
23 *Oaconomus à quo dictus.*
24 *Princeps est symbolus oaconomo.*
25 *Oaconomia in quo differat à Politia, & num. 46.*
27 *Oaconomus laicus à quo conueniatur remissiuè.*
28 *Administratores publici habent mandatum à lege cùm libera.*
29 *Administrator publicus an differat à priuato.*
30 *Mandatarius cùm libera, & spetiali mandato ad quid teneatur.*
31 *Procurator generalis cùm libera in quo differat à procuratore speciali cùm libera.*
32 *Procurator specialitèr constitutus in persona priuilegiata quid agere possit.*
33 *Mandatum quorum gratia contrahitur.*
34 *Mandatum quando potius dicatur consilium.*
35 *Tutor mandans suo contutori, vt pupillo seruum emat, ad quid teneatur.*
36 *Tutor pupilli negotia per contutorem gerens non videtur ab administratione cessare.*
37 *Mandantis gratia quando interueniat mandatum.*
38 *Mandatum quando gratia vtriusque contractum esse intelligatur.*
39 *Vsura quando incipiunt deberi.*
40 *Mandatum quando inest gratuitum.*

Man-

41 Mandatum an dicatur si dixero, vt pro Seio interuenias.

42 Mandatarij quando interest habere mādatorem obligatum.

43 Mandatum ad emendum an intercedat absque certitudine pretij.

44 Mandatum quando contrahitur aliena, & mandantis gratia.

45 Mandatum aliud generale, aliud speciale, & aliud singulare.

46 Mandatum quando exigatur singulare.

47 Mandatum generalissimum quod.

48 Mandatum aliud est in rem propriam mandantis, aliud in rem propriam suscipientis.

49 Fructuarius dicitur procurator in rem suam.

50 Emptores Gabellarum Ciuitatis dicuntur procuratores in rem suam.

51 Procurator in rem suam, in quo differat à procuratore in rem alienam.

52 Mandatum in rem suam non sic de facili probatur, & quomodo probetur n.53

54 Mandati contractus ad quem finem fuit adinuentus.

55 Mandati & societatis symbolum est, vt vterque contractus solo consensu perficiatur.

56 Mandati & societatis symbolum est in modo contrahendi.

57 Societatis, & mandati symbolum est in actionibus.

58 Vtilis actio directa domino datur ex negotio gesto per procuratorem.

59 Societatis conuentionalis actio qua.

60 Societate soluta, sicuti varia sunt causa agendi, sic in mandato finito.

61 Societatis, & mandati symbolum est in committendo negotia.

62 Societatis, & mandati symbolum in non præsumendo.

63 Societatis, & mandati symbolum est in conceptione expressi, & taciti.

64 Societatis, & mandati symbolum est circa modum præsumendi.

65 Societatis, & mandati symbolum est circa modum dissoluendi, & nu.77.

66 Voluntas morte finitur.

67 Manumissio serui facta per filium de mandato Patris non finitur morte.

68 Solutio mandata in vita an exequi possit post mortem.

69 Mandatum institutoris an morte finiatur.

70 Mandatum cùm satisdatione an morte finiatur.

71 Res tradita alicui cùm conditione, vt secutis nuptijs, dotales efficiantur, an tales fiant, non secutis nuptijs per mortē.

72 Mandatum ad construendum monumētum an finiatur morte.

73 Possessio quando rectè tradi potest per mandatum viuentis post eius mortem.

74 Mandatum an conferri possit post mortem.

75 Litis contestatio an transeat ad procuratorem, mortuo domino mandante.

76 Mandatum an duret post mortem de iure canonico.

78 Mandatum soluitur morte tàm in iudicialibus, quā in extraiudicialibus, quid si mors inciderit ei, qui mandatum susceperit num. 79.

80 Mandatum an soluatur morte pupilli.

81 Mandatum an soluatur morte Tutoris.

82 Mandatum an soluatur per mortem rectoris Ecclesiæ, vel Prælati, quid si Tutor cùm pupillo, & Prælatus cum capitulo dederint mandatum nu.83.

84 Mandatum factum alicui ad dandum causa remunerationis an soluatur morte mandantis.

85 Mandatum an soluatur morte ciuili.

86 Mandatum an extinguatur per mortem procuratoris substituentis, casus proponitur sub num. 87.

88 Mandatum an morte extinguatur re integra.

89 Res integra quando dicatur in mandato ad lites.

90 Mandatum an soluatur morte post litē contestatam.

91 Prælatus est vsusfructuarius in bonis Ecclesiæ.

92 Mandatum an extinguatur per renunciationem Prælaturæ.
Quid in commendatario nu.93.
Quid in Hospitalerio nu. 94.
Quid si super titulo beneficij nu. 95.
Quid in Vicario num. 96.

97 Mandatum vniuersale, re non integra ex vno negotio cepto an morte soluatur.

98 Mandatum an extinguatur morte fauore libertatis.

99 Mandatum post mortem mandantis collatum morte non soluitur.

100 Mandatum vniuersale an morte soluatur.

Man-

Digitized by Google

101 *Mandatum an morte mandantis extinguatur, si succedat mutatio status.*

102 *Mandatum generale an transeat ad hæredes, & n.*103.*&* 104.

105 *Procurator quando teneatur iudicium suscipere.*

106 *Mandatum fauore dotis an morte extinguatur*: *intellige vt num.* 107. *& num.*108.

109 *Contractus innominatus fauore dotis an habeat locum pænitentiæ.*

110 *Mandatum necessarium an transeat ad hæredes.*

111 *Mandatum ad soluendum morte mandantis non extinguitur, & num.* 112. *&* 113.

114 *Mandatum ex causa necessaria an trãseat ad hæredes.*

115 *Mandatum in rem propriam an sit reuocabile, num.*116.*&* 117.

118 *Mandatum quando sit gratuitum.*

119 *Mandatum factum in gratiam tertij an transeat ad hæredem.*

120 *Mandatum factum ab vulnerato ad faciendam pacem an extinguatur morte vulnerati.*

121 *Mandatum factum cùm clausula donec reuocetur an morte extinguatur.*

122 *Mandatum de pecunia mutuanda an transeat ad hæredes.*

123 *Mandatum per litis contestationem an morte extinguatur.*

124 *Potestas delegata à Summo Pontifice an morte Pontificis extinguatur, quid in potestate à latere Sũmi Pontificis n.*125

126 *Mandati, & societatis est symbolum quo ad obligationem bonorum suorum principalium.*

127 *Societatis, & mandati est symbolum in modo actus explicandi.*

CAP. V.

AD hoc vt sciatur de symbolo societatis cõuentionalis,& mãdati cõtractu,oportet opere pretiũ ante omnia dignosci, quid intèr societatem, & mandatum interest,ad finem,vt ex vtriusque notione, dignoscatur similitèr vtriusque symbolum.

De societate conuentionali satis diximus in præcedentibus capitibus: videndum nùnc quid sit mandatum, quo-
modo contrahatur, & in quo intèr se, se
differant,& symbolizentur societas con-
uentionalis,et mandatum.
1 Est igitur mandatum, *Contractus iu-
risgentinm bonę fidei,quo quis officium ho-
nestum, & lege permissum alteri gerendũ,
efficiendumuè committit,alter uerò gratui-
to tacitè, uel expressè exequendum susce-
pit*, hanc diffinitionem tradidit, proba-
uitque *Piccardus in rubr. de mandato sub
n.3.instit.* et videtur ei consentire *Petrus
Gregor.Thos.Syntag.iur.ciuil.uniu. lib.27.
cap.5.*vel,et breuiùs,secundùm *Accurs.in
rub.ff.mandat. ut sit officium ab eo, qui su-
scipit gratuito exhibendum*,approbat hãc
diffinitionem *Mantica de tacit. & amb.
conuent.lib.7.tit.2.sub num.3.*
2 Hoc mandatum in genere sumptum
diuiditur in propriam,et impropriam si-
gnificationem. Proprium mandatum est,
quod gratis suscipitur;aliàs, nisi gratui-
tum, nullum esset,cùm originem ex offi-
cio,atque amicitia trahat *l.1.§.ult.ff.mã-
dat. l.si seruus §. 1. ff. de seruit. export. l.
quod sępè,§.quis amico,ff.de contrah.empt.
& l.si uero non numerandi, §. quidem, ff.
mandati* : nàm si conuenit, vt pro man-
dato suscipiendo aliquid tribuatur, erit
contrarium officio merces, & interue-
niente pecunia,res ad locationẽ,et con-
4 ductionem potiùs respicit *l.1.§.fin.ff.eod.
tit.mandat.§.fin.instit. eod.tit.l.naturalis,
§.sed,& si facio ff.de prescript.uerb.*
5 Improprium mandatum dicitur quod
est mercenarium,dùm salarium, vel de-
betur,vel promittitur,vel à Iudice taxa-
tur procuratori *l.si remanendi l.salarium
ff.mandati l.1.C. eod.Ias. in l. naturalis,§.
sed si facio n.2.ff.de prescript. uerb. Petrus
Gregor. Tholos.loco cit.sub n.5. & Mantica
sub num.5.& 6.*
6 Ceterùm si in genere, et in certa pol-
licitatione de salario sit cõuentum,verbi
gratia, *Si feceris,experieris apud non in-
gratum reposuisse operam*, vel omninò fi-
gura cõuentionis absit,veriùs est in hoc
scilicèt gratuito mandati contractu si-
milibusque nihil peti posse *l.salarium C.
eod.tit.mand. l.qui mutuam §.salarium in
fine ff.eod.* nisi extra ordinem ab ijs, qui
accipere alioquin solent,vt sunt aduoca-
ti,et procuratores ad litem *d.l.salarium
ff.eod l.fin.C.eod.& l.1. C.de sufr. l.1. §. in*

honorarÿs ff. de var. & extraord. congnit
7 quibus à iure nullum certum ſalarium
diffinitum eſt: cùm incerta ſit varietas
cauſarum,arbitrio Iudicis relinquitur il-
lius taxatio,dummodò non excedat cē-
tum aureos pro ſingulis cauſis *l. propa-*
randum §.proculdubio C. de Iudic. Menoch.
de arbitr.caſu 513.lib.1. Couar. lib.3.var.
reſolut. cap. 14. in princ. vbi habes,quod
nec olim erant conſtituta ſalaria contra
*gl.in cap.1.ff.de offic.Iudic.*et proindè ſi in
8 inſtrumento procurationis,ſiuè mandati
certum promiſſum fuerit ſalarium, ad-
uerſus eum non poteſt aduerſarius op-
ponere, quod non ſit procurator: quia
talis differentia an mandatum ſit gra-
tuitum, vel non, ſibi vendicat locum ad
cognoſcendum, quæ ſcilicet actio pro-
poni debeat inter Dominum, & procu-
ratorem: mādati ſcilicet, an locationis,
an præſcriptis verbis *d.l.naturalis §.ſed*
ſi facio,& quoad aduerſarium, qui exci-
pit,procurator dicitur,quia agit ex vo-
luntate ipſius Domini, & ſic intelligit
Bart. in l.litem vbi *Aret. C. de procurat.*
verum hodie de generali conſuetudine
alitèr taxatur ſalarium Aduocatis, &
Procuratoribus,quia videmus ſæpè ſæ-
piùs taxationem excedere centum au-
reos, iuxtà magnitudinem cauſæ, &
patrocinantis laborem.

9 Inſuper hoc mandati genus diuidi-
tur vlteriùs in plures ſpecies, aliud ſci-
licet verbis concipitur, vel literis, vel
per nuncium expreſſum *l. 1. & l. ſi verò*
non remunerandi, §. ſi quis mandauerit,
10 *& l.vlt.in princ. ff. eod.* aliud quod ta-
citè ſuſcipitur *l.ſi numerādi §.ſi paſſus,et*
l.qui patitur ff.eod. aliud eſt expreſſum
ex parte mandantis,& tacitum ex parte
ſuſcipientis, aliud eſt mandatum tacitū
11 quod à *l.* fingitur,ſicuti eſt ratihabitio,
quæ per fictionem retrotrahitur, & mā-
dato eſt ſymbola *l.vlt. C. Maced. cap.ra-*
tihabitio de reg. iur. in 6. & hoc genus
mandati fictum,ſiuè figuratum appellat
Rebuff.in praxi benefic.par.1. in tit.diffe-
rent. inter priuilegium, reſcriptum, &
mandatum n.52. & notat *Mantica de ta-*
12 *cit. lib.7. tit. 2. n.10.* quod ratihabitio
actus præteriti inducit etiam mandatū
reſpectu futuri, allegat *Aret. in l. ſi quis*
mihi Roma §. ſed quid ſi mandaui n.10.ff.
*de acq.hæred.*adde *Ioann. Batt.Coſt.de re-*
trotract.cap.2.num.13.

13 Rursùs mādatum aliud eſt, quod di-
citur habere vires à lege, & dicitur le-
gale, & aliud quod ab homine. legale
mādatum dicitur illud, quod habet Tu-
tor,& Procurator fiſci. Mandatum verò
hominis dicitur,quod à quolibet priua-
14 to procedit: Vndè fit diſtinctio intèr
procuratores priuatorum, intèr quos
connumeratur Procurator Cæſaris, de
quo extat *tit. de procurat. Cæſ.* hic ceù
priuatus reputatur, quia habet admini-
ſtrationem eorum bonorum,quæ acqui-
ſiuit antequàm eſſet Imperator, vel tan-
quàm priuatus, & dicitur procurator
priuatæ rationis *l.procurator cùm gl. &*
ibi Iaſ.in princ.C.de edendo,Peregr.de iu-
re fiſci lib.1. tit. 1.n. 7. & procuratores
15 publicos, inter quos connumerantur
Syndicus Vniuerſitatis,actor, & defēſor
l.1. §.quibus permiſſum eſt, quod vniuſq;
vniuerſ.nom.l.ſic ē actum,§.ſed ſi ita decre-
uerit eod.tit.l.munerum §.defenſores ff.de
mun. & honor. cap.1. & ibi gl.de ſyndico,
16 & qui Eccleſiarum bona miniſtrat Oæ-
conomus dicitur *l. iubemus C.de Sacroſ.*
Eccleſ.l.omnes §.Prætor, & §.nihilominus
C.de Epiſc. & Cleric. cùm nèc Ciuitas
dicatur conſtituere Procuratorē *l.neque*
Ciuitas ff. de Procurat. neque etiam Tu-
tor, vel Curator pro negotijs pupillorū
ſed ij tantùm dant actorem,& defenſorē
l.neq; Tutores C.eod.tit.de procurat. & an
17 Sindicus poſſit alienare rē vniuerſitatis,
& pro ea annuū cenſū contrahere abſq;
requiſitis,de quib.apud *D.Cōſil.Staib.cōſ.*
*10.&48.*vide nouiſſimè *D.Altim.in obſer.*
*64. D.Reg.Rouit. in princ.*vide *D.Reg. D.*
*Ant.de Marin.quot.reſol.lib.1.reſol.77.*vi-
de *Epiſc.Affl.contr.iur.reſol.cap.13.& 14.*
qui omnes poſt multos pleno calamo
materiam pertractant. Vide *Gizzium ad*
deciſ.D.R.Capyc.Latr.obſer.116.

18 Eſt benè verùm, quod quoad Oæco-
nomum non dicitur regularitèr is habe-
re nomen peculiare ab Eccleſiæ bono-
rum adminiſtratione:cùm eiuſmodi no-
men actione ſubiectæ poteſtatis compe-
tat Patrifam.& Domino,ſecundùm *Bal-*
di diſtinctionem *in l.1.n.4.C.de Epiſc.&*
Cleric. & verſatur circa Oæconomiam
rerum familiarium:ex quo circa propria

quil-

Digitized by Google

quispiã inuigilare priùs debeat ad hoc, vt ad externa postmodum alterius, siuè Ciuitatis, siuè Reipublicæ regimen euocari possit, nec absque ratione euidenti,
19 quia vt dicit Apostolus 1.3. *Si quis autem domui suę pręesse nescit, quomodo Ecclesię Dei implicantiam habebit*, quasi dicat, *nemo*, prout exponunt inibi verba illa Sacri Doct. aduertuntque ea paritèr generalitèr esse intelligenda, sicuti pro tota fidelium cõgregatione in vniuersum interpretatur, & *Dionisius Carthusianus super d.cap.3.epist.Diui Pauli, &*
20 *Arist.1.Oecon.1.* dicit, priorem esse rem familiarem, quam rem publicam, ea ratione, quia pars illius est, & domus Ciuitatis pars est, ex quarum multitudine
21 constituitur ipsa Ciuitas, Ciuitas enim teste *eod. Arist. loco cit.* multitudo est domorum agro, & pecunia sufficiẽtèr abũdans ad benè viuendum. Ea propterea, vt mihi, & Amicis morem geram, dico, quod Oæconomus licèt de iure ciuili, & canonico sumatur pro eo, qui res Ecclesiæ gubernat, inquit *Bart. in l.iubemus C. de Sacros. Eccles.* consentiuntque post eum omnes, & de eo habetur *in cap.cùm vos plerumque 4.extra de offic.Iudic.ordin. & in l.iubemus* alibique passim: attamen denotat etiam quod Paterfam. quod de-
22 sumitur ab eodem verbo *Oeconomus* à greco dictum ab *Oecon.* quod est *domus*, & *omus*, idest, *lex*, quasi *lex domus*. Pater enim familias lex domus dicitur.
24 Nàm sicuti Princeps dicitur lex animata in terris §. *fin. in auth. de consulib.* ex eo, quod legem statuit intèr subditos, siuè per epistolam interloquatur, siuè edicto præcipiat, vt inquit *Vlpian. lib.50.instit.* & habetur *in l.1. ff. de const. Principis*, sic pariter Paterfam. dicitur Oæconomus, idest lex domus suæ, cuius est ipse moderator, rector, & Imperator, vt testat. *Arist. loc. cit.* quo loco
25 differentiam constituendo intèr Politicam, & Oæconomicam formalitèr dicit, quod hæc duo non tantum quoad nomen scilicèt, quoad domus, & Ciuitas, quarum sunt propria subiecta: Ve-
26 rùm in altero etiam differunt. Quia in republica, siuè in Ciuitate plures imperant, sed in re familiari vnus est tantumodo Imperator, & rector, hic autem est oæconomus, qui iubendi, & animaduertendi in familiam potestatem habet, eiusque dicto parere necesse est,
27 & priuatum Magistratum gerit imperiumque exercet. & in quo foro debeant conueniri oæconomi laici administratores bona ecclesiarum, & confraternitatum laicorum, vide quæ satis doctè refert *Cafora lib. 1. peregr. quæst. 18. per totam*.
28 Isti publici administratores, intelliguntur habere mandatum à lege cùm libera, & ideo possunt ea facere, quæ mandatum exigunt speciale, vt notat *Bald. per illum text. in l. Prases in princ. C. de transact. & Ias. in d. l. Procurator num.2. C. de edendo*, & hæc est differen-
29 tia intèr habentem mandatum à lege, ab eo, qui illud ab homine habet: nàm habens à lege mandatum cùm libera bona nullatenus alienare potest: secus si quis habeat mandatum ab homine cùm libera administratione, quia tùnc hic vltimus benè alienare potest *l. Procurator cui ff. de procurat., Bald. in l.1. in fine vers. itèm adde ff. de offic. procurat. Cæsar. sequitur Mantica loco cit. sub num.12.*
30 *in fine*, quod tu restringe in mandatario speciali, etiàm cùm libera facultate, quia tùnc intelligitur mandatum restrictum ad expressa, vel ad symbola vt per *Bart. & alios in l.qui Romę §.Cal'imacus ff. de verb. obligat.*, & hanc assignat differentiam *Tiberius Decianus re-*
31 *sponso 91. num.33. vol.3.*, intèr procuratorem generalem cùm libera, & procuratorem specialem cùm libera, quia specialis cùm libera nihil potest vltra specificata, & vltra illos actus, in quibus specialitèr est constitutus, vel in solitis adeo fieri similibus, & consuetis, ad quæ benè extenditur hoc speciale mandatum cùm libera: tametsi de eo nihil sit scriptum ad *text. in l. pignorare §. si creditor ff. de pign. act. Vrsill. ad Afflict. decis.285. num.18. & 19.* traditur exem-
32 plum in Procuratore specialitèr constituto à persona priuilegiata ad eligendum forum, qui etiàm potest iurare perhorescentiam, secundum *Caranitam in ritu 228. num. 20. Mascard. de probat. concl.1165. num.13.*, & sic intelligendus *D. Galeota illustr. Contr. lib. 2. contr. 29.*

sub num. 2 ad num. 5. & Boer. q. 33. per totam, qui in fine dixit, quod mandatarius cum libera non potest exercere maiora symbola.

33 Et demum mandatum quinque contrahitur modis, mandantis scilicèt solius gratia, mandatarij, & mandantis gratia, aliena gratia, mandantis, & aliena, mandatarij, & aliena gratia *l. 2. eod. tit. instit. eod. tit. in princ.*

In primo modo est, si tua tantùm gratia mandatum fiat, veluti vt si mandem tibi, vt pecunias tuas potius in emptionem prædiorum colloces, quàm fæne-
34 res, vel ex directo, hoc non mandatum, sed magis consilium intelligitur, ex quo nulla oritur ex eo obligatio *d. l. 2. ff. eod. & in §. planè, & §. fin. eod. tit. instit.*

35 Et licèt quando Tutor contutori suo mandet vt pupillo seruum emat, nascitur eo nomine mandati actio *l. si procuratorem §. si Tutores ff. eod.* tamèn quia tùnc nō inspicitur persona Tutoris mādantis tanquàm ab alia contutoris mādatarij aliena, sed vna dumtaxàt gratia pupilli, quia officium Tutoris est insolidum apud quemlibet ex tutoribus, & vnusquisque est insolidum Tutor *l. fin. C. de auth. pest.* omnesque insolidùm tenentur *l. si plures ff. de administr. Tut.*,
36 & consequentèr si plures sint personæ vna tamen est obligatio ex *reg. l. 3. §. fin.* ibi, *cùm vna sit obligatio ff. de duob. reis*, & Tutor pupilli negotia per contutorem gerens non videtur ab administratione cessare *l. tres Tutores §. non solum ff. de administr. Tut.* vndè *in d. § si Tutores* sua tantum mandantis videlicet, & pupilli gratia mandatum interfuit, prout elegantèr post *Boezam de decima Tutoris cap. 15. per totum* explicat *Piccard. instit. de mandato in princ. dicti Tituli in fine*.

37 Mandantis ergo tantùm gratia interuenit mandatum, veluti, si quis sibimet vt eius negotia gerens nempè, vt fundum ei emas, vel pro eo spondeas, siuè fideiubeas, quia enim scriptum est illius causa mandatum contrahi, ad quem mandati pertinet vtilitas, proculdubio tùnc mandatum contrahitur.

38 Cæterum si cōmunis sit vtilitas: mandantis scilicèt, & mandatarij, vtriusque gratia mandatum contractum esse ambigimus, veluti si Titius tibi mandet, vt pecunias sub vsuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur, itèm & mandatarij proptèr lucrū vsurarum *l. quintus §. vlt. ff. eod.*, cui non obstat si diceretur vsuram non propter vtilitatem, sed proptèr moram non soluentium deberi *l. si quidem §. si Pupillo in fine ff. de vsur.* ergo cùm nulla vtilitas, seu lucrū ei, qui sub vsuris credidit, hoc casu soluente creditore, cui creditum est, possit considerati illius gratia mandatum non esse contractum, limpida est consequentia, non obstat inquàm, quia & si verissimum sit, vsuras nonnisi post moram deberi loco eius, quod interest, quando in stipulationem deductæ non
39 sunt: tamèn si ab initio in stipulationem deducantur à principio etiàm deberi incipiunt *l. quamuis C. de vsur.* veluti cùm pecunia sub vsuris credita est, vt exemplo *in d. §. 1. instit. eod. tit.* quo in casu negari non potest mandatarij vtilitas.

40 Sed si mandem tibi, vt cuius pecunias credas, tuique arbitrij sit nomen, & vt tu recipias vsuras, periculumque ad me pertineat, nullum intelligitur mādatum, quia extra formam mandati est, quemadmodum si mandem, vt tibi quāuis fundum emas *l. quintus §. vlt. ff. eod.* comprobat *Mantica de tacit., & ambig. lib. 7. tit. 2. sub num. 20. vers. cæterum.*

41 At si mandauero quod mea non interesit, sed alterius, vtique mandatum obligationem parit, quia aliena tantum gratia factum est, veluti si dixero, vt pro Seio interuenias, vel vt Titio credas *d. l. si remunerandi § si tibi, & d. §. 1. in verbo aliena tantùm causa l. 2. ff. eod.* est ratio, quia tametsi mandatum non contrahatur, nisi ex gratia contrahentium, non verò tantùm tertij, vt inibi alteri *instit. de inut. stipulat. l. stipulatio ista §. alteri ff. de verb. oblig.* & nunquàm datur mandati actio, nisi agentis intersit *l. si procuratorem §. mandati actio ff. eod.*
42 attamèn quoties in gratiam tertij fiat mandatum, non potest non interesse mandatarij habere mandatorem obligatum, quia hoc casu mandans est velut

fut fideiussor, vt in §. *tua tantùm gratia instit. eod. tit.* & proindè licet mandatoris, vel mandatarij non videatur a principio interesse, adhuc tamen est vtile mandatum proptèr prædictam obligationem *in l. si remunerandi §. si tibi mandauero ff. eod.*

43 Sed si communibus suis, & Titij negotijs gerendis aliquis tibi mandet, vel vt sibi, & Titio fundum emeres, certè mandatum contrahitur: licèt incertitudo pretij intercedat, quæ alias vitiaret contractum *l. triticum ff. de verb. obligat. l. non potest §. gener ff. de iure dot.*, quia in hoc speciale est, vt valeat, & teneat mandati contractus; licet versemur circa pretij incertitudinem, iuxtà *text. in l. præterea ff. eod.* & probat *gl. in d. §. 1. instit. hoc tit. in verbo, & Titio fundum*, & quomodò hoc procedat vide *D. Arias de Mesa variar. resolut. lib. 1. cap. 50. nu. 12. & seq.*

44 Aliena & mandatarij gratia postremo contrahitur mandatum, veluti si tibi mandet, si Titio sub vsuris crederes, quia si sine vsuris pecuniam crederes aliena tantum gratia intercedit mandatum, pro vt colligitur *ex d. l. 2. ff. eod.*

45 Alia est mandati distinctio, vt aliud sit generale, aliud speciale, & aliud singulare *cap. qui ad agendum*, & *cap. qui generalitèr de procurat. lib. 6*, mandatum enim generale intelligitur: cũ quis generalitèr omnium bonorum, vel ad omnes constituitur lites *l. procurator totorũ bonorum ff. de procurat.* mandatum verò speciale dicitur, cùm quis ad aliquid in specie cõstituitur *d. l. procurator totorum bonorum*, vel cùm alicui bonorum libera administratio conceditur *l. procurator, cui generalitèr ff. eod. tit.* mandatum
46 autem singulare intelligitur cùm quid nominatim, & singularitèr exprimitur, quod interdum necessarium est, nempè cùm de magno agatur præiudicio, intèr quos magni præiudicij actus computari potest mandatum ad contrahendum matrimonium, quod mandatum specialissimum vocat *Abb. in cap. coram nu. 5. de rest. in integr. Rol. in cons. 26. num. 2. lib. 2.*, sic etiam mandatum de adeunda hæreditate *l. si is qui mihi bona §. sed vtrum ff. de acq. hæred. l. qui ità §. 1. ff. ad Trebell.*

47 Alijq; quoq; mandatum generalissimum habet, qui vulgo vocantur *Agenti Generali*, & apparet hoc sibi ipsis elargitum, quando creantur cùm clausula (quod illud possit extendi à quocumq; Notario) ac si adesset clausula (pro expressis) *D. Consil. Staib. ad suum genitorem cons. 37. num. 2. D. Rouitus in rubr. de procurat. num. 63. super Pragm. Grat. disc ept. forens. cap. 247. num. 8.*, ac ità practicari in Ciuitate Neap. ab his, qui recedunt ab hac Ciuitate, relicto procuratore generali, testatur eruditus *Fab. Colin. de Vespesiano in suo tract. de procurat. parte 2. cap. 4. sub num. 39. vers. alij rursum*, qui in subseq. cap. enumerat casus, in quibus requiritur speciale, & specialissimum mandatum ad obligandum principalem.

48 Datur & alia mandati distinctio, nempè aliud est mandatum in rem propriã mandantis, aliud in rem propriam suscipientis, qui dicitur procurator in rem suam, & est qui directas actiones intentat nomine alterius ad suam vtilitatem *Aret. in l. qui absenti in fine C. de procurat. per l. qui stipendia eod. tit., & cons. 25. nu. 1. & 2.*, & impropriè dicitur procurator, quia sua & non aliena negotia gerit, verùm procurator appellatur, quia nomine cedentis directas actiones exercet ad proprium commodum, vt adnotauit *Ias. in tit. ff. de procu-*
49 *rat. num. 1. & 2.* vndè fructuarius dicitur procurator in rem suam, vt patet *ex l. 1. §. vsusfructuarius ff. de oper. nou. nunc. Alex. in l. in prouinciali §. si ego n. 8. eod. tit.* prout etiã fideicommissarius, cui restituta est hæreditas per fideicõmissũ procurator dicitur in rem propriam, se-
50 cundum *Alex. ibid. nu. 7.* sic etiàm emptores Gabellas Ciuitatis intelliguntur esse tales in rem propriam, quia agunt in iudicio ad propria commoda *Roman. in l. prætor ait §. 1. num. 2. ff. de aqua pluu. arcenda*, & differentia est intèr vtrumque mandatum in rem propriam, & rẽ
51 alienam, quia si sententia feratur contrà procuratorem in rem suam, contrà eundem exequitur, alitèr si contrà procuratorem in rem alienam *l. si te non*
52 *obtulit, & ibi Doct. ff. de re indic.* vndè mandatum in rem suam non fic de faci-

li

li probatur per vnum testem, & suppletiuum iuramentum cùm cautione de rato, sed tanquàm tendens ad exigendum omnino plenè probari debet per instrumentum, & non per testes *Mascard. de probat. concl.* 1012. *num.* 7., quod
53 intellige, nisi quis tradiderit instrumēta, & chyrographa cohæredi suo cum manifesta apparitione ad finem exigēdi: tùnc enim dicitur commissum mandatum in rem suam *Mantica loco cit. sub n.* 56. dicens nō sic esse, si quis in instrumento dicat, facias de rebus meis pro vt vis, tùnc dicetur simplicitèr mandatum cùm libera tamen administratione *Filipp. Trans. in cap. qui ad agendum vlt. in fine de procurat. n.* 6. *Bart. in l. creditor per illum text.* §. *lucius num.* 3. *ff. mand. Ias. in l. qui quadrigenta num.* 8. *ff. ad Trebell.* aliàs dicemus infrà *tit.* 4. *cap. vlt.*

54 Fuit adinuentus contractus iste, ratione maximæ vtilitatis: nàm qui rebus suis ipsi superesse non volunt, vel non possunt, saltim per alios possūt, vel agere, vel conueniri *Vlpian. in l.* 1. §. *vers. ff. de procurat.* & dicitur ex principo volūtatis susceptio eiusmodi mandati, & ex post facto necessitatis *l. in commodato* §. *sicut ff. commod.*

55 Ex quibus breuitèr cognitis deueniendum est ad symbola intèr contractū societatis, & mandati. & primum erit symbolum: nàm vterque contractus solo consensu perficitur, est bonæ fidei, & deriuatur à quadam amicitia, & fraternitate, vt de contractu societatis probauimus supra, & de contractu mandati, & hic supra diximus, vt ait *Cicero pro Sexto Roscio. in mandatis opera nostra Vicariç fides amicorum supponitur*, & probatur *in l.* 1. *ff. mandat. officium Amici esse mandatum suscipere.*

56 Secundum erit symbolum: nàm sicuti societas quatruplici modo contrahi potest, nempè generalissima, generalis, particularis, & singularis: generalissima scilicet omnium bonorum habetur *in l. societatem vniuersarum fortunarum, & l. coiri cùm seq. ff. pro socio, Petrus de Vbaldis de duob. fratr. par.* 1. *n.* 5. *vers. quinta est societas, Paulus de Castro cons.* 342. *n.* 2. *lib.* 1. generalis, quæ ex quæstu omnium bonorum tantùm descendit *d. l. si societatem vniuersarū*, particularis est vnius negotiationis *l. societas contrahitur in princ., & l. cum duobus* §. *cùm duo argentary, & l. duo societatem contraxerunt ff. pro socio.* singularis societas est vnius rei, vt habetur *in l. cum proponas C. pro socio, & l. societas contrahitur & d. l. cùm duobus, & l. ratio* §. *itèm societatis ff. eod. tit.* sic in simili mandatum aliud est generalissimum, aliud generale, aliud particulare, & aliud singulare, vt diximus supra in vers. alia est mādati distinctio.

57 Tertium erit symbolum intèr mandatum, & societatem in actionibus, quia quemadmodum tres dantur actiones in mandato, directa, contraria & vtilis, directa personalis *l. mandati C. de fideiussor*, quę datur mādatori *l. si verò fin. ff. eod. eiusque hæredib. l. si mandauero* §. *fin. & l. si mandato Tity ff. eod.* & ei qui mandatum suscepit in eum, cui denuo mandauit *l. si procuratorem* §. *si quis mandauerit ff. eod.* cōpetit etiàm, si procurator fines mandati non seruauerit, si intersit mandatori alio modo, quàm mandatum erat non fuisse factum, non alitèr, *Vlpian. in l. si procuratorem ff. eod. & in l. ad comparandas C. eod.* vndè si mandatarius mandatorem in aliquo deceperit, vel in aliquo dolo malo gerat, hoc resarciet mandati iudicio, vt pluribus exemplis comprobat *Petrus Gregor. Tholos. loco cit. sub num.* 24. *vsque ad num.* 27.

Contraria mandati actio competit procuratori, seù mandatario *l. si vero nō remunerandi* §. *contrario ff. mand.* post executum mandatum, non ante *l. si mādato eod. tit.* contrà dominum mandatorem, vt deducat, imputet, vel ab eo recipiat quos eo nomine in sortem, & vsuras impendit *l.* 1. *C. mandati*, sumptus alios quoque legitimos, ac omnia alia, quæ in negotia vel lites expendit, vel ad fructus percipiendos *cap. cùm pro causa de procurat. l. qui proprio* §. *litis impendia ff. eod. cum concord. in tit. ff. & Codic. mand., quemadmodum*, & impendia omnia exequendi mandati gratia facta, si bona fide facta sunt, hoc contrario iudicio restituenda sunt, neque aliquid contrà faceret, quod is qui mādasset, potuisset, si ipse negotium gereret

ret minus impẽdere statuitur *in l. si quis alicui §.impendia ff. eod.* nisi forsan salarium procuratori ea lege datum fuisset, & hoc conuenit, vt sumptus de suo faceret, idest de salario *d. l. idemque §. idem labeo ff. eod.*, vel si qualitas procuratoris alitèr exposceret, veluti si rusticus, qui pedester ire debet, voluerit sibi reputari equi impensas *gl. in d.§.item labeo, verbo eum oportere*, vel si fiant ad voluptatem *d. §. adeo, vers. idemque erit*, vel procurator litis sit in rem suam datus *l.si seruus l.si eùm venditor. §.si secundus ff.de euict.*,aut fines mandati excessit, & deteriorem domini causam fecerit, si determinata forma sit mandati: nàm si indefinita, & incerta, sufficit vtilitèr negotium gestum esse, nec meliorem fieri desideramus pro hac actione, sed ne deterior fiat *l. preterea l.potest.§.qui pro eo ff.eod.*

Item competit hoc iudicium mandatario,vt mandator eum liberet ab obligatione,quam hoc nomine contraxit,& suscipiat in se obligationem *l.Lucius Titius, & l. mandato §. 2. & seq. ff.eod.* indemnemq; in summa præstet, si quid ex re empta hoc nomine damnum passus est,si sine culpa sua passus sit *l.inter causas §.sed cùm seruus ff. eod. l.si seruus §. quod verò ff.de furt.* quibus imputanda sunt etiam quæ mandatario ex latronibus fuerint surrepta, vel naufragio amiserit, vel languore suo, morboque erogauerit, licèt hæc omnia magis casibus fortuitis, quàm mandati imputari oportet *d.l. intèr causas §. eùm vxori*:tamen hoc de curialitate nullatenùs seruari debet,testatur *gl. in d. §. cùm omnia vers.mandato in fine*, eùm æqum omninò sit, vt qui amico, sinceroque animo pro aliorum negotijs, periculis sine sua exposuit culpa, damnum ex officio non sentiat *l.si quis ex signatoribus ff. quemadm.test.aper.*& dicemus infrà.

58 Vtilis actio directa domino datur ex negotio gesto per procuratorem aduersus eum, quì cùm procuratore contraxit *l. in causæ cognitione l.si procurator meus ff. de procurat. l. quod procurator ff. eod.*quia & is in dominum, qui pro procuratore fideiusserit,agit *l.idemque §.itẽ Papinianus ff.mandat.*vtili cõtraria enim experitur hæres mandatarij,qui directa agere non potest in mãdatorem *l.si quis alteni §.morte l.si præcedenti ff.mandati.*

59 Idẽ statuendũ in societate cõuentionali,in qua etiam triplicibus actionibus experitur, directa scilicet, contraria, & vtili,actio directa vtriq;sociorum competens *§.ex quibusdã de pœna termerè litig.* & pendente, & dissoluta societate. pendente,quando agitur,ne dissoluatur societas, & ab ea recedatur, quia non expediat proptèr varios in ea initos contractus. Item vt fiat in medium collatio, quoad alterum peruenit *l. actione §. pen. & l.si quis vniuersorum ff. pro so-*

60 *cio*,vt pacta seruentur *l.si fratres §.1.ff. eod.* Post solutam societatem variæ sunt causæ agendi prout in mandato, quod in eo venit bona fides, & dolus, & culpa præstatur à socijs inter se, vt *in l. eũ duobus §. venit autem, & §. 2. in eoeunda ff.pro socio*,& pro eo,quod factum est cum dolo socij, vel pro eo,quod impẽsum est,datur *l.si fratres §.idem respondit,& §.si quis,vel socij*, & vt suprà diximus,quæ etiam personalis est, prout actio mandati,& bonæ fidei supra probauimus: contraria,prout quando etiam competit ex eo,quod pactum,factumuè est,præscriptis verbis *l.si Margaritam, ff. pro socio*, vel furti actio *l. rei communis cum seq. ff.pro socio, vel legis Æquilia l. sed,& si cùm duobus seq. ff.eod.* vtilis pro socio erit symbola vtili actioni directæ mandati.

61 Quartum additur symbolum intèr vtrumque contractum societatis scilicèt, & mandati, quia quemadmodum opera nostra ex mandato alteri committi potest *l.1.ff.mandati*, sic etiam in societate accomodamus, distinctum à iussu quoàd actionem, vt *in l.1. ff. quod iussu.*

62 Quintum symbolum est in vtroque contractu, quia quemadmodùm mandatum non præsumitur *Bald. in l.1.ff.de reb.credit.non alien.Rebuff.in tract.eod.q. 13.n.118.* cùm ex eo animi constituentis colligatur, & ideò facti est *l. in bello §.factæ ff.de capt. & postlim. reuers.*sic & societas non præsumitur,quia etiam facti est,*Decian.responso 97.n. 2. Alex.in l. sciendum ff.de verb. oblig. num.18. Gabr. comm.*

comm.concl.lib.1.concl.36.num.25.& seq.

63 Sextum est symbolum intèr societatem, & mādatum, quia quemadmodum societas est duplex, expressa scilicèt, & tacita, expressa est, quæ verbis, interuenïente stipulatione, vel simplici pacto contrahitur *l. societatem coiri cum gl. & l. duo societatem, & l. vt sit pro socio ff. pro socio, & l. consensu ff. de act. & obligat.* Tacita verò societas ea est, quæ sine verbis, & literis, rebus ipsis, per actus sociales contrahitur, vt docent *Bart. & alij in l. Titium, & Meuium §. altero, ff. de admin. Tutor. Doct. in l. si Patruus ff. com. vtr. Iud.* & vtroque modo sufficit solus consensus, quia nec stipulatio, nec verborum sonus, nec scriptura requiritur, sed consensus, qui est causa substantialis, & necessarius omnium conuentionum *l. obligationum substantia ff. de act. & obligat. l. consensu ff. eod. tit. & toto tit. de obligat. quæ ex consensu nasc. instit.* notat *Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 6. tit. 2. in princ.* sic mandatum tàm expressè, quàm tacitè cōtrahi potest, maximè intèr eosdem socios *l. nemo ex socijs ff. pro socio Bald. in cons. 120. n. 3. vers. societas autem lib. 1. Crauetta cons. 129. n. 1.* & diximus supra, mandatum solo etiam consensu, sicut & societas, contrahitur *l. in princ. ff. eod. Mantica d. tract. lib. 6. tit. 1. num. 2.*

64 Septimum est symbolum intèr societatem, & mandatum, quia quemadmodum mandatum pluribus modis præsumitur, de quibus apud *Manticam de tacit., & ambig. lib. 6. tit. 5. & seq.*, sic etiam societas tacita præsumitur, vt per eundem *Māticam lib. 6. tit. 10. 11. & 12.*

65 Octauum est symbolum intèr societatem, & mandatum, quia quemadmodum societas morte extinguitur, & non transit ad hæredes *l. adeo in principio ff. pro socio l. 4. §. dissociamur & l. verum §. vlt. l. actione §. morte, & §. publicatione ff. pro socio.* sic etiàm mandatum, quod non solum morte mandatoris, sed etiā mandatarij intelligitur solutum, pro vt de morte mandatoris, loquitur *text. in l. si quidem donationis, & l. intèr causas ff. mandati, & l. mandatum C. eod. & l. vlt. ff. de solut. & §. rectè instit. de mandato l. eius qui in prouincia ff. si cert. petat. clem. vlt. de procurat.*, & de morte eius, qui mandatum suscepit loquitur *text. in l. si quis alicui §. morte ff. mand. & §. itèm si adhùc instit. eod. tit.*, ratio est; quia
66 mandatum pendet à voluntate eius, qui mandauit, & voluntas morte finitur *l. quæsitum ff. qui, & à quib. & l. locatio, præcarijuè rogatio ff. locat.*, & hanc opinionem sequuti sunt *Mantica de tacit. lib. 7. tit. 23. in princ. Menoch. de arbitr. Iudic. quæst. 68. num. 25. Couar. lib. 1. var. cap. 14. num. 16. Hyppolit. de Masil. sing. 44. num. 10., & 11. Doct. in l. eius, qui in Prouincia ff. si cert. petat., & in auth. si qua mulier de sacros. Eccles. Dec. cons. 35. num. 8. Sebastianus Medices tract. mors omnia soluit parte 2. concl. 64. Ant. Gabr. tomo 3. comm. tit. de Procurat. concl. 2. Nicolaus Mozzius tract. de mandato §. quomodo annullatur mandatum nu. 19. cum seq. Guid. Papa decis. 18. Fab. Gol. tract. de procurat. parte 3. cap. 4. in princ. qui num. 8. ex Socini sententia senior. cons. 112. num. 11. vol. 1.* recitat duas alias rationes cur mandatum morte extinguatur, primam quia dominium post mortem deuenit plenariè in hæredem, & proindè alius absque eius voluntate de eo disponere non potest *l. id quod nostrum ff. de reg. iur.* igitur si nouus est Dominus administrans pleno iure bona iam facta sua, nouo indiget mandato, vt altèr administrare valeat *l. Aristius ff. de acq. hæred.* & post mortem mandantis Procurator non amplius eius, sed hæredis proculdubio diceretur *D. Reg. Galeota senior. lib. 1. contr. 60. num. 5.* secundam, quia dominus videtur dare illud mandatum contemplatione dominij, quod in re habet: vnde cùm id expiret, expirat etiàm mandatum, quod intellige non solum in Iudicialibus *cap. gratum, & cap. licèt de offic. deleg. & cap. vlt. eod. tit. lib. 6.* sed etiàm in extraiudicialibus *d. l. intèr causas in 1. & 2. responso, & l. si quis alicui §. morte ff. mandat. & §. rectè instit. eod. tit.*

67 Sed contra grauitèr obstant infrascripta contraria, & primo obstat *tex. in l. si Pater 4. ff. de manomis. vindicta*, vbi filius manumictit seruum ex mandato Patris, quod non finitur morte, summat *Bart.*, quod probatur ex eodem textu con-

contrarium, si ignorante filio, vetuisset Pater per nuncium, & antequam filius certior fiat seruum manumisisset, liber non fieret.

68 Secundo obstat text. difficillimæ interpretationis in *l. ei qui fin. ff. de solut. & liberat.* vbi *Paulus* ait, *ei, qui mandato meo post mortem meam stipulatus est, rectè soluitur, quia talis est lex obligationis, ideoque, etiàm audito me, rectè ei soluatur, ei autem, cui iussi debitorem meum post mortem meam soluere, non rectè soluitur, quia mandatum morte dissoluitur.*

69 Tertio vrget text. *in l. si quis mancipys 17. §. si impubes ff. de instit. act.* vbi *Paulus idem* ait, *si impubes Patri habenti institores hæres extiterit, deindè cùm his contractum fuerit, dicendum est in pupillum dari actionem proptèr vtilitatem proximi sui casus, quemadmodum vbi post mortem Tutoris, cuius authoritate institor præpositus est cùm eo contrahatur*, qui §. summatur, *mandatum institutoris non finitur morte mandantis*.

70 Quarto vrget *text. in l. si defunctus 15. ff. de procuratoribus*, vbi Paulus etiam affatur, *si defunctus sit dominus ante litem contestatam iudicatum solui, stipulatione pro suo procuratore data, Procurator compellendus est ad iudicium accipiendum. Ita tamen si hoc dominus, sciente procuratore, & non contradicente, fecit, quod si aliter actum est, nisi inscium quidem Procuratorem teneri satis inciuile est, committitur autem ob rem non defensam stipulationis clausula*, quem textum sic summat *Bart.* satisdatio pro procuratore præsente præstita fuit, & mandatum morte domini non finietur: secus si pro absente, & ignorante.

71 Quinto aduersatur *text. in l. si ego Seia, § si res alicui, ff. de iure dot.* vbi *Vlpianus* hoc statuit. *Si res alicui tradidero, vt nuptijs sequutis, dotis efficiantur, & ante nuptias decessero, an secutis nuptijs, dotis esse incipiant. & vereor ne non possint in dominio eius effici, cui datæ sunt, & quia post mortem incipiat dominium discedere ab eo, qui dedit, & quia pendet donatio in die nuptiarum, & consequitur conditio nuptiarum iàm hæredis dominium est, à quo discedere non posse rerum dominium, initia eo, fatendum est.*

72 Sexto cōtrariatur ex diametro *text. in l. si verò §. fin. cùm l. seq. ff. mandati* vbi *Vlpianus* testatur per hæc formalia verba. *Idem Marcellus scribit, si vt post mortē sibi monumentum fieret, quis mandauerit, hæres eius poterit mandati agere, vt perficiatur, illum verò, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit: puto agere mandati, si non ei ità mandatum est, vt sua pecunia faceret monumentum: poterit enim agere & cùm eo, qui mandauit, & vt tibi pecuniam daret ad faciendum, maximè si iàm quidam ad faciendum parauit*; summat *Bart. text. mandatum, quod refertur post mortem, non finitur morte. Item mandatarius potest agere vt sibi detur pecunia pro executione mandati necessaria, & in l. idē est seq. Caius* ait, *idem est si mandaui tibi, vt post mortem meam hæredibus meis emeres fundum.*

73 Septimo contrarium probat *text. in l. fundi venditor §. fin. ff. de acq. possess.* vbi *Pomponius* statuit, *item si amicus venditoris, mortuo eo, priùs quàm id sciret, vt non prohibentibus hæredibus, id fecerit, rectè possessio ei tradita est, sed si id fecerit: cùm sciret dominum mortuum esse, aut cùm sciret, hæredes id facere nolle, contrà est*, vbi *Paul.* summat, *mandatum factum super eo, ad quod mandans tenebatur, morte ipsius non finitur, benè tamen potest reuocari per hæredem eius.*

74 Octauo vrget *text. in l. si interim §. si vxor ff. de donat. intèr iur. & vxor.* vbi *Vlpianus* profitetur. *Si vxor rem Titio dederit, vt is marito mortis causa traderet, atque defuncta, inuitis hæredibus eius, Titius marito dederit, interest vtrum à muliere sit interpositus Titius, an verò à marito, cui donabatur. Si à muliere interpositus sit, obligabit se condictione, si marito tradiderit. Si autem à marito sit interpositus, mortua muliere confestim fundus efficietur eius, quem maritus interposuit, & actionem ipse maritus cùm eo habebit.*

75 Nono aduersatur *textus in l. illam C. de donat.* ait ibi *Iustinianus* tali methodo. *Illam subtilem obseruationem amputamus, per quam donationis titulo cessionū actionum accipientes, non alitèr suis eas* tran-

transmittere haeredibus poterant, nisi litẽ ex his contestati essent, vel ius contestationis diuino rescripto meruissent. Nãm sicut vẽditionis titulo cessas actiones etiã ante litem contestatam ad haeredes transmitti,permittitur,simili modo,& donatas ad eos transferri volumus,licèt nulla contestatio,uel facta, uel petita sit,quod etiam in Procuratore constituendo ad amouendas easdem cessas actiones similitèr obseruandum erit,vt maximè quis impediatur procuratorem cessarum sibi per donationem actionem dare, nisi nulla lis contestata facta,vel petita sit.

76 Decimo regula supra posita, quod mandatum morte extinguatur,aduersatur à iure canonico *in cap. gratum de offic.deleg. & in cap.legatus vers.praesenti de officio delegati in 6.* vbi expreſsè habebis,mandatum durare post mortem.

77 Pro conciliatione suprapositorum aduersantium iurium est in primis, & ante omnia constituenda regula affirmatiua, quod scilicèt mandatum extinguatur morte cùm suis ampliationibus, & limitationibus, in quibus locum dabimus cuique ex iuribus supracitatis.

78 Et ideò regula erit ampliãda primo, vt ea locum habeat tàm in iudicialibus,quàm in extraiudicialibus. in iudicialibus casus est *in d.cap.gratum,& cap. licèt de offic.deleg. & cap.vlt.de offic. leg. in l & quia ff.de iurisd. omn. iudic.* mox infra explicanda.de extraiudicialibus loquitur *text. in l.intèr causas in princ. & 2.responso, & in l.siquis alicui §.mortè ff.mandat.& d.§.certè instit.cod.tit.*

79 Verùm si mors inciderit eius,qui mãdatũ suscepit, hanc adhibuit distinctionem *Mãtica de tacit.lib.7. tit.73.sub n.5.* aut enim mandatum est alicui nomine propriè,& intelligitur solutum,aut iniũctũ est nomine appellatiuo, & tùnc trãsit ad successorem *cap. quoniam Abb. de offic.deleg.cap.Pastoralis §.1.de offic.ord.*ratio est, quia in contractibus eligitur industria personæ,ex qua non est recedẽdum *l.mandatum in princ. ff.mandati*: in iudicijs autem non inspicitur persona, sed dignitas, vel locus,in quo quis habet titulum *cap. statutum §.1. de rescript. in 6.* in iudicijs vlterius mandatũ morte mandantis expirat, quia is, cui mandata est iurisdictio, proprium nihil habet, sed eius, qui mandauit iurisdictione vtitur *l.1. §. qui mandatum ff. de offic. eius, cui mandata est iurisdictio*,& ideò, re integra,fons iurisdictionis exiccatur. Cui cõsequens est,vt riuoli similitèr deficiant, qui ab eo manant, vt infrà explicabimus. In extraiudicialibus verò, quamuis morte mandantis sit solutum mandatum:nihilominùs,qui illud suscepit,mãdati actionem habet *d.l.inter causas 2.responso ff. eod.* quæ actio mandari in iudicialibus deficit *d.cap. gratum de offic.deleg.*nàm hoc in extraiudicialibus vtilitatis causa receptum est, ne is, qui mãdatum suscepit proptèr iustam ignorantiam damno efficiatur *d. l. intèr causas in princ.Mantica post Ioan.Mon. in loco ab ipso cit.in d.libro 7.tit.23.sub n.6.*

80 Ampliatur secundo dicta regula, vt etiam morte pupilli solutum intelligatur: nàm si procurator à pupillo sit constitutus cùm authoritate Tutoris non soluitur morte ipsius Tutoris, sed pupilli, *Doctores in l. si per epistolam ff. de acq.hared Tiraq.de legib.condub. gl.3.nu. 81 Golin.d.parte 3.cap.4.sub nu.34. vers. vlterius quaritur.*

81 Amplia tertio dictam regulam, vt etiàm morte Tutoris mandatum ab eo factum solutum intelligatur *d. l. per epistolam, & ibi Bart.num.1.& 2.*scilicèt in litibus, & negotijs *D. Praeses de Franch. decis. 466. num. 7. D.Reg. Constant. in l. nullus C.de decur.lib.10.* vide quæ adnotauit *D. Carolus de Luca obseruat. ad Franch.466. num.4.*

82 Amplia quarto, vt per mortem etiàm rectoris Ecclesiæ,seù prælati, mandatum procuratoris ab eo constituti solutum intelligatur: etiàm si res non sit integra *clem.vlt.de procurat. Felin in cap. edoceri num.27.de rescript. Bart. in d.l.si per epistolam nu.4. vbi Aret.col.1.in princ.Alex. cons.128. num.2.lib.2.D.de Marin. obseruat. 24. Anna alleg. 42.Grat. discept. forens.cap.522. num.1.*

83 Amplia quinto, vt si Tutor cùm pupillo, vel Prælatus cùm capitulo mandauit, morte solius Tutoris, vel prælati mandatum solutum intelligitur *Mantica loco cit. sub nu.10.* dicens, ex quo voluntas vtriusque sit necessaria: cùm primum

mum

mum voluntas alterius deficit, mandatum extinquitur, secundum *Innoc. in cap. præsentiam de testib:*, & sequitur *Bart. in d. l. si per epistolam num. 4. ad finem, Bald. in l. filius fam. in princ. ff. de procurat.* sed quid si Tutor, vel Prælatus vellet procuratorem reuocare, an possit, videndus *Ang. in §. sin autem per procuratorem inst. de satisdat. num. 9.* quod secùs esset si Tutor, vel Prælatus in furorem inciderit, quia tùnc adhùc durabit mandatum procuratoris ad lites, quem pupillus constituit cum eius authoritate, secundum *Bald. in l. vlt. in princ. C. de administr. Tutor.*, quia licet per furorem voluntas ipsius Tutoris cesset *l. qui ad certum ff. locati*, non tamen finitur, quia potest resipiscere *l. ex facto ff. de vlg. subst. & l. furiosus C. qui testam. fac. poss.* licèt contrarium affirmet *Bart. in l. si seruum num. 1. ff. de acq. hæred.* adductus *a Coltino d. parte 3. cap. 4. num. 9. in fin.*, qui *sub num. 30.* residet cùm hac opinione, quod scilicèt morte Tutoris, vel prælati expiret mandatum, ex pluribus inibi ab ipso citatis, quod pluribus modis ampliat *Gabr. comm. concl. lib. 2. tit. de procuratoribus concl. 4.*

84 Amplia sexto, vt mandatum morte intelligatur solutum, etiàm si sit factum ad dandum alicui ex causa remunerationis, quæ est maximè fauorabilis *l. si quidem C. de oblig. & act. & ibi Bald. nu. 1. & 2. not.* quem textum extollit *Ias. in l. eius, qui in prouincia §. placebat post princ. vers. in primis tamen amplia ff. si cert. petat.*, & sequitur *Ant. Gabr. concl. 2. num. 7. de procurat. lib. 2. post eos Mantica loco cit. sub num. 12.*

85 Amplia septimo dictam regulam mandatum scilicet morte extingui, vt intelligatur etiàm de morte ciuili, vtputa si efficiatur Monachus *l. ex religionis ff. de procurat.* Reus læsæ Maiestatis, vel cùm bonorum proscriptione fuerit exilio perpetuo multatus, & ex aliqua alia status mutatione, vt excipere poteris post multos, apud *Mascard. de probat. concl. 1016. sub nu. 12., & 13. Annam cons. 82. num. 48.*, quæ quidem ampliatio est similitèr symbola cùm societate, quæ tali modo similitèr extinquitur, vt supra probauimus, & etiàm in adiecto solutioni *l. cùm quis ff. de solut.*, qui statuit, quod si quis stipulatur dari sibi, aut Titio, si in eodem statu maneret, quo fuit cum stipulatio fuerit interposita, sed si iàm in adoptionem, vel in exilium ierit, vel aqua, & igne fuerit ei interdictum, vel seruus pænæ effectus, non poterit ei rectè solui, nàm tacitè hæc conditio stipulationi in esse videtur, si in eadem causa maneat: vndè si conditio adiecti mutatur in deteriùs, puta quia factus est Ribaldus, Baractator, Bannitus, vel inimicus domini, aut lusor *Stracch. de decoct. p. 3. num. 50., seq. D. de Luca d. obseruat. 466. sub num. 7.*

86 Amplia octauo, quod mandatum intelligatur etiam solutum, mortuo etiam procuratore, qui tanquàm Dominus litis effectus alium substituit, tùnc enim eius constituentis persona inspicitur, nō autem Domini superstitis, qui non dedit facultatem substituendi, *Bellarm. decis. 6. per totam, Steph. Aufr. ad Archid. in cap. quamuis num. 16. D. de Marinis obseruat. 151. Grat. discept. forens. cap. 737. n. 32.* quod subamplia etiam in altero procuratore nouitèr à Domino constituto post primum procuratorem, cum quo lis cōtestata fuit, ex quo tùnc procurator ille secundo loco constitutus similitèr ex primo illo actu, cùm quo secum proceditur in causa, habet litem contestatam, non abstante illa prima contestatione. *D. Rouitus in rubr. super pragm. de procurat. num. 6.*

87 Sed si A constituat procuratorem contrà B in causa beneficiali, & pendēte lite, moriatur B, & eo mortuo C veniat ad iudicium pro suo mero interesse, reassumendo eum in eo statu, & terminis in quibus B illud relinquit, iuxtà *cap. si ij, contrà quos in fine, vt lite pendente in 6.* nullum erit iudicium, quod inter A, & C compilatum est, quia mortuo B, lis quoad eum fuit extincta, nec transit in singularem successorem *Innoc. in cap. quia verò de iudic. & cap. ex parte de arbitr. Rota Romana decis. 13. de procurat. in nou.* quod in add. dicitur esse indubitatum in beneficialibus, in quibus nō datur successio hæreditaria: tametsi contrarium sit affirmandum in prophanis, in quibus succeditur defuncto actiuè, &

passiuè §. 1. *in auth. de iure iur. à mort. præst. l. pro hared. C. de hared. act. l. hares absens ff. de iudic.*

Quæ suprapofita regula pluribus limitanda est modis, &

88 Primo limitatur, dummodò post mãdantis, vel mandatarij mortem, res sit integra, vt loquitur *text. in l. mand. tum C. mandati §. rectè, & §. item si adhuc inst. eod. tit. & l. si qui alicui § morte ff. eod. l. fin. de procurat. Imola in l. qui in aliena §. 1s, qui, vers. item nota, quod sic ff. de acqu. hared. Felin. in cap. re'atū il 1. vers. nota, quod sicut de officio delegati Abb. in cap. mandato il 2. in uers. & dic, quod per mortem, de Procurat. Piccardus in d. § rectè quoque uers. item si adhuc integrè n. 9. ubi Bald. in princ. Guid. Papa q. 119. & q. 491. Mantica loco cit. n. 22. Golin. d. par. 5. cap. 4. in princ. Ant. Cabr. com. concl. lib. 2. tit. de procurat. concl. 2. in princ. P. Azor. instit. Moral. parte 3. lib. 9. cap. 7. vers. secundo mandatum, Petrus Gregor. Tholos. syntagm. iur. ciuil. 2 niuers. lib. 27. cap. 5. sub num. 20.* aliàs non extinquitur mandatum *Alex. cons. 128. lib. 6. D. de Marin. d resolut. 264. & ad Reuert. obseruat. 120.* sumpta ratione ex contrario sensu, nàm sicuti affirmatum fuit, re integra, expirare mandatum, ergo per contrarium, re non integra, *D. de Franch. d. decis. 466.*

In contrarium, quod etiàm, re non integra, extinquatur mandatũ per mortem mandatarij probat *Bald. in l. neque tutores C. de procuratoribus Oldr. cons. 130 Menad. decis. 35. D. R. Galeota lib. 2. contr. 28. num. 35.* quod tu intellige per mortem Tutoris, quià tùnc eius mandatum, etiàm re non integra, rectè extinquitur, ex eo, quia non continuatur administratio accessorij plusquàm protenditur administratio Tutoris, vt firmat etiam *D. de Luca d. obseruat. 466. sub num. 2. in fine*, quod secùs est per mortem principalis mandatoris; tùnc enim rectè remanet eius imago figurata in suo hærede, & consequentèr habilis ad patiendum, vt continuetur mandatum, re iàm non integra, & in id currit proculdubio prima opinio.

89 Dicitur res non integra in mandato ad lites per litis cõtestationem si actoris procurator sit *l. ante litem cum seq. ff. de procurat. l. nulla C. eod.* & in procuratore rei sufficit satisdatio, quod si iurisdictio alicui sit de mandata, quamuis grauitèr sit controuersum, an litis contestatio sit necessaria, an vero sola sufficiat citatio, obtinuit tamen, solam sufficere citationem, vt iurisdictio non expiret, quod probat *text. in d. cap. gratum* ibi, *proposito citationis edicto negotium sit quasi captum*. In procuratore ad negotia, & in negotijs dicitur res integra, quando non dùm est cæpta, vt in *l. 1. §. cæpisse ff. de pollic. Bald. in d. §. item si adhuc num. 3.*, qui ex doctoribus affirmat quandoque præparamenta rei facere rem ceptam esse, & quandoque non, in primo quando mandaui, vt faceres domum, incepisti facere in faciendo faciem muri, tùnc non diceretur res integra, quia hoc est quodam præparatorium intrinsecùm. In secundo quãdo mandaui, vt tu Romam ires, emisti calcios, & alios actus fecisti præparatorios, non dicetur propterea res cæpta, quia potes penitere, & sic dicitur rem integram esse *text. in l. pecuniam ff. de condict. ob causam Doct. in l. mandatum C. eod.*

90 Declara primo dictam primam limitationem, mandatum scilicèt non intelligi solatum morte domini, si Procurator fuerit litem contestatus, in Prælato, vel rectore Ecclesiæ, quia Prælatus, vel Rector Ecclesiæ constituerit Procuratorem ad agendum nomine Ecclesiæ, vel pro suo beneficio, quia tùnc nèc per litis contestationem impeditur, quin mandatum morte ipsius Prælati, vel Rectoris non sit solutum *Bald. in l. mandatum num. 11. C. mandati, Ias. in l. nulla num. 3. C. de Procur. Salyc. in l. mandatum col. 1. in 2. opposit. C. mandati vol. 3. vers. aut de morte mandantis Guid. Papa d. decis. 119.*, ratio est, quia Prælatus

91 est vsufructuarius in bonis Ecclesiæ *gl. in cap. fin.* in verbo obitus de *pecul. cler.*, & communitèr *Doct. in cap. præsenti de officio ordinario in 6.*, igitur extinguitur mandatum, non existente vsufructu, super quo mandatum fundatum est, secundum *Salyc. in l. mandatum col. 1. in 2. opposit. C. mandati, Cardin. in clem. fin. num. 5. de procurat.*, adeo, quod, mortuo

tuo altero ex collitigantibus super titulo beneficij, possit decerni processus cõtra interesse putantes post audientiam controdictarum, absque eo, quod citetur Procurator mortui etiàm dominus litis effectus *Bellam. decis. 75. Cassad. decis. 2. num. 3. de appellat. & decis. 6. vt lite pendente, & decis. 1. de re iudic. seq. Gabr. com. concl. d. lib. 2. concl. 3. sub num. 3. D. de Luca d. obseruat. 466. num. 3.*

92 Amplia dictam declarationem, etiàm si Prælatus, vel rector, vel beneficiatus renunciasset prælaturam, rectoriam, vel beneficium, *Rota decis. 576.* in nouis, etiàm, si ciuilitèr moriatur *Cassad. dicta decis. 2. num. 2. de appellat.* etiàm si cesserit liti constituens procuratorem *Sarn. in regula de Annal. quæst. 62. & quæst. 20., Episcopus Milis in suo repertorio in verbo Procurator constitutus à Prælato, Cardin. in d. clem. fin. num. 13. vers. 14. Apostilla ad decisionem Thol. 264. Bertand. cons. 250. vol. 1. & seq. vol. 2.*, quicquid de iure ciuili dixerat *Guid. Papa decis. 549.*, quod intellige si captus fuerit à latronibus, vel pyratis, quia tùnc non extinquitur mãdatum *l. hostes ff. de capt. & postlim. reuers. l. hostes ff. de verb. sign. Flam. Chart. decis. Gen 92. num 4. cum seq.* secùs si renunciauerit, vel sit translatus ad aliam Ecclesiam *Anna allegat. 92. & Anna filius cons. 82. num. 17.*

93 Amplia secundo dictam declarationem, idem esse in commendatario, prout dicitur de Prælato, Rectore, & Beneficiario in terminis dictæ *Clementinæ fin. de procurator. Sarner. in regula de trient. & ibi Imola in 1. quæst. col. 2. Gabr. d. concl. 3. sub num. 5. vers. secundo amplia.*

94 Amplia tertio, idem esse in hospidalerio, qui Procuratorem constituisset pro suo hospitali, quia eius morte mandatum reuocatur, etiàm quo ad iudiciũ cæptum *Card. in l. in d. clem. fin. quæst. 13. col. 7. post eum Felin. in cap. de quarta col. 3. vers. 12. de præsumpt. vbi Imola, Anch., Vitell., quos citat, & sequitur Gabr. loco cit. num. 6., qui num. 7.* hanc ampliationem extendit in constituto à Vicario perpetuo, faciunt adnotata per *Azor. d. cap. 7. vers. secundo mandatum*, & in omni alio administratore, etiàm in profanis, voluit *D. Capyc. Galeota lib. 2. contr. 28. sub num. 16. cùm seq. & Mascard. de Probat. concl. 1314. num. 12. & seq.*

95 Quarto amplia dictam declarationẽ, etiam si Prælatus, vel rector constitueret Procuratorem nedùm pro Ecclesia, sed etiàm super titulo beneficij, super quo litigat *Roman. in cons. 379. per totum Cassad. decis. 6. num. 3. in tit. vt lite pendente, & decis. 2. num. 2., & 3. de appell.* quod non sic est in causa propria, vel patrimoniali Prælati, quia tùnc non extinquitur mandatum, re non integra, vt explicat *gl. in d. clem. fin. in verbo pro Ecclesia, & Card. col. 2. in 1. quæst. Gabr. loco cit. sub num. 9. vers. concorda.*

96 Quinto amplia dictam declarationẽ etiàm in Vicario constituto, cuius officium finitur morte constituentis, sicut expirat Procuratoris officium in beneficialibus, etiàm re non integra, communiter *Doct. cùm gl. in d. clem. fin.*, alias ampliationes, & limitationes ad hanc declarationem obserua *apud Gabr. d. concl. 3. per totam.*

97 Secundo declara, quod in negotijs, si mandatùm sit vniuersale, res quo ad omnia desinit esse integra, si vel vnum dumtaxàt negotium cæptum fuerit, vt sentit *gl. in l. & quia ff. de iurisd. omn. Iudic. & Bald. in l. mandatum num. 3. vers. vnde dicit considerandum C. mandati, Ruin. cons. 115. num. 6. lib. 1.* dummodo aliquid substantiale commissi negotij fiat, vt res integra dici non possit, *cap. in causis de elect. gl. in §. rectè, & in seq. §. itèm si adhuc, instit. de mandat.*

98 Secundo principalitèr limita dictam regulam, quod mandatum morte extinguitur, in mandato fauore libertatis, vt in allegata *l. si Pater in princ.* obiectione ad regulam, cui nullatenus obstat *text. in l. quæsitum §. Iulianus ff. qui, & à quib.* quoniàm rectè intuenti constat secundùm *Menoch. de arbitr. lib. 1. quæst. 69. nu. 25., & 26.* inibi non negari seruum liberum fieri, sed vindicta non esse liberum, cùm tali discrimine, quia in manumissione vindicta cõstat intèr viuos, manumissionem fieri *§. multis instit. de liber.*, & non post mortem domini manumissio contingat seruo, in *§. Iulianus, & d. l. si Pater* testamento manumissus reputatur, non vindicta, vt elegantèr expli-

Digitized by Google

explicat *Piccard.d.verf. itèm si adhùc integro num.* 10. *verf. quibus sic infine*, ad impediendam libertatem non sufficit, vt cesset, sed,vt mutetur voluntas,oportet,*Mantica d.tit.*13. *num.*53. *verf. octano*, *Azor. loco cit. verf. quarto gratia libertatis*.

99 Tertio limita dictam principalem regulam, quando mandatum post mortem mandantis collatum est, vt loquitur *d. l.fin. in* 2. *opposit. ff. de solut. Ruin. conf.* 7. *num.* 7., & 8. *vol.*.. vbi firmat, non posse hoc genus mandati per hæredem reuocari, nisi sit ad commodum hæredis *Bald. in l. ad quod Pauperibus C. de episc., & cleric., & in l.quoties C. de fideicom.*,etiàm si mandatum sit collatum in vita, eius verò executio transferatur post mortem *gl. in l.cùm Pater §.Menio ff. de legat.* 2. *Episcopus Milis. loco cit. fol.*256. *at. in fine*; & quod apparet aduersari in vltima parte illius *text. in d. l.fin.*,ibi,*ei autem,cui iussu debitorem meū soluere post mortem meam, non rectè soluitur, quia mandatum morte dissoluitur*, ex quo ibi mandatum non est collatum soluendi post mortem,vt *Cuiacius intendit lib.* 1. *obseruat.*38. *Azor. loco cit.verf. secundo*.

100 Quarto limita dictam regulam in mandato vniuersali, quod morte mandantis solutum non intelligitur, sicuti est mandatum institoris per *text. in d. l. si quis mancipijs* in 3.obiect.allegatus *§.si impubes ff.de instit.act.* tùnc mandatum non reuocatur morte mandantis *Bart. in d.l.eius,qui in Prouincia ff.si cert.petat, & in l.si per epistolam verf. contrà hoc facit*, & *ibi Paul. de Castro col.*1. *verf.*, sed contrà hoc oppono *ff. de acq. hæred.Soccin.in reg.*254.*in* 6.*limit. Ruin.conf.*115. *col.* 2. *verf. venio ad finem Angelus Aret. in d.§.rectè instit.de mandato,vbi Piccardus sub num.* 12. *verf.*3.*non obstat, Mantica d.tit.*23.*num.*39. *Gabr.com. concl. lib.* 2.*concl.*2.*num.*20. *tit.eod.de procurat.*

101 Restringe dictam limitationem primo,quando cùm morte mandantis cōtingeret mutatio status, vt *in l.eius qui, verf. quas verò*, vbi seruus præpositus erat Kalendario,& sic negotiationi vniuersali,& tamen ait Iuris Cōsultus, mādatum extinctum fuisse morte mandantis, ibi enim accesserit mutatio status, ibi, *quo idem stichus liber*, & *ex parte hæres erat scriptus*, *Cyn. in l. mandatum col.*2.*verf.adhùc instatur C. mandat.Paul. de Castro in d. l.si quis mancipys in §.si quis impubes ff.de instit. Card. in cap.quoniam Abb.col.*7.*in q.*7. *verf. si vero continet de officio delegati*, explicat *Piccard. d.§. rectè quoque verf. itèm si adhùc integro num.*12.,& *Aret.in d.§. Itèm si adhùc col.*1.*in fine*,*Anch.in clem.*1.*in fine*, *verf. quoniam autem de renunc.Ias.post Alex.in l.rogasti §.si fugitiuus col.* 1. *ff.si cert.petat.*

102 Restringe secundo dictam quartam limitationem, si esset mandatum generale, quia tùnc morte mandantis expirat *Bart.in d. l.eius,qui in prouincia col.*2. *verf.dic ergo ff.si cert.petat. Cyn.in l.mandatum col.* 1. *in fine verf. vbi mandatum quid generali C. mandati*, *Archid. in cap. qui ad agendum in fine, de procurat. in* 6. *Bouer. sing.* 36. *in verbo Procurator, Rom. in l.*2. *§. sed & si quis num.*4. *ff. de donat.*

103 Contrarium in mandato generali tenet *Paulus de Castro in d.l.si per epistolam verf.sed contra hoc oppono ff.de acq.hæred.* capiens generale mandatum pro vniuersale: verùm *Cuman.* expressè tenet contrarium *in l. morte num.*18. *verf.in gl.alio quin.ff.de iurisd. omn.Iudic. vt notat Gabr.loco cit.sub num.*23. *verf.contrarium.* Attamèn *Ruin. in d.conf.*115. *sub num.* 11. explicat hanc controuersiam, dicens, quod aut mandatum est de subiecto particulari,puta si cōstituatur procurator ad certam litem, vel ad emendum, vel vendendum certum fundum, & morte finitur. Idem si mandatum sit de subiecto generali, veluti quando cōstituitur procurator ad negotia generalitèr, vel ad causas, tùnc,ex quo genus denumeratur per species, & quælibet ipsarū repræsentatur per genus *l. si quid §.interemptum*, & *ibi notatis ff. de legat.* 3.,sequitur, quod in mandato generali, quælibet eius species videtur mandata, & ideo si in nihilo est inchoatum geri, in totum morte finitur, si vero in aliqua eius specie est inchoatum, in ea non est finitum *arg.l.cùm actum*, & *l. qui negotia ff.de negot. gest.*, quia tot intelliguntur esse mandata, quot sunt negotia in eo comprehensa *arg.l.scire debemus ff.de verb.*

verb. oblig., & hoc probat *Roman. loco mox supra citato*.

104 Sed vbi mandatum est de subiecto vniuersali, & tùnc distinguit *Ruin.* quod aut est de subiecto vniuersalis Iurisdictionis, & expirat mandatum morte mandantis *cap. ne aliqui de hær. in 6. per locum à speciali, & in cap. fin. §. officium ff. de offic. deleg. in 6.*, aut est negotiationis vniuersalis, & non finitur morte mandantis, etiàm re integra *d. §. impubes*, & in hoc nulla datur differentia intèr mādatum Iurisdictionis, & negotiationis, maximè ratione symboli per *text. in l. qui Patri ff. de vulg., & pupillari*, vbi substitutio pupillaris vnita cū iure accrescēdi transit ad hæredes, ad quem aliàs non transiret, & sic assumit naturam illius ratione vnionis, & ità per S. C. decisum tradit *D. de Franch. d. decis. 466. D. Rouit. in comment. super Pragm. in rubr. de procurat. num. 15., Episcopus Ricc. Collect. 173.*, talitèr intellige quod nouissimè adnotauit *D. Carolus de Luca ad D. de Franch. d. obseruat. 466. sub num. 5. vers. diuersum est*.

Quinto limita dictam principalem regulam, si lis non fuerit cōtestata, accedente satisdatione de Iudicatum soluendo; tùnc enim ante litem contesta-
105 tam procurator compellitur iudicium suscipere, & hoc statuit *text. in 4. obiect. relatus in l. si defunctus ff. de procurat.* quoniam tùnc res definit esse integra, quando dominus, sciente, & non contradicente procuratore, cautionē præstitit *l. filius fam. §. fin. vbi notat Accurs. & in d. l. si defunctus vers. vndè colligamus col. 1.*, quòd si Procurator etiàm rei apud acta sit legitimatus, eius mandatum morte domini non intelligitur extinctum: licèt lis non fuerit contestata, subiungens, quod sola satisdatio per illum *text.* reddit mandatum irreuocabile per mortem, & *col. 2. vers. præterea ego dico*, subsequitur, dicendo, quod cùm hodie in instrumentis procurationum omnes procuratores releuentur ab onere satisdationis *§. si verò aliquis instit. de satisd.* huiusmodi mandata per mortem non intelliguntur soluta, quod secundum *Bald.* esse mirabile testatur *Mantica d. lib. 7. tit. 23. sub num. 36.*, & sequitur *Bellamera in cons. 12. num. 1., & 4. Abb. in cap. mandato num. 6. vers.*, & *dic, quod per mortem de procurat. & Ias. in d. l. eius qui in prouincia §. placebat num. 1. vers. 7. limita ff. si cert. petat. adde Iacob. in l. si defunctus, & in l. si fideiussor num. 1. in princ. lect. Monach. decis. Bonon. 15. num. 31. Mozz. de mandato col. 7. num. 20. vers. 4. fallit, Episc. Milis in verbo mandatum non finitur il 2. in suo repertorio, post infinitos alios, Gabr. d. concl. 2. num. 11.*

106 Sexto limita dictam principalem regulam, quòd mandatum morte finitur, non habere locum fauore dotis, quia tùnc morte mandatoris mandatum non intelligitur esse solutum *l. si ego §. si res ff. de iure dot.* quē in hoc proposito singularem dicit *Bald. in cap. conuenisset in princ. ad finem, vers. item fallit in mandato dotis de testam.*, & est *text.* quem adduximus in 5. obiectione contra regulam, qui sanè *text.* difficiles explicatus non patitur: cùm Iurisconsultus, ibi, *in vers. sed benigniùs*, expresse doceat, quod, & si iuris rigore inspecto, mandatum extingui deberet morte mandantis: benigniùs tamèn est fauore dotium non extingui, necessitatemque imponi hæredi consentire, quod defunctus statuit, prout post omnes probant *Nicolaus Mozius vbi supra num. 20. Conar. lib. 1. var. cap. 14. num. 16. Ias. Muta, & Iacob. Nouell. in locis relatis per Golin. d. parte 3. cap. 4. num. 15. Azor. instit. Moral. loco cit. in vers. tertio gratia, & fauore dotis, Gabr. com. concl. lib. 2. d. concl. 2. sub num. 34.*, quod intelligunt *Doct.*, quando res diceretur causa pia, & non aliàs *Decius in d. l. eius, qui in prouincia §. placebat num. 5. vers. sed ista ratio ff. si cert. pet.*, quod erit, quando dos constituitur pauperi, quia de legato dotis detrahitur falcidia *gl. in l. si tale §. 1. ff. de iure dot.* quæ tamèn de legato ad pias causas detrahi non potest *auth. similitèr ff. ad leg. falcid. Roman. in l. dedi la prima §. idē erit ff. de condit. ob caus. & in d. auth. similitèr num. 5. Alex. in l. si ità constante in princ. num. 18. vers. puto distinguendum ff. solut. matr. Ruin. cons. 21. num. 15. lib. 3. Salic. in l. mandatum num. 6. vers. oppono 13. C. mandati, resides Gabr. d. lib. 2. concl.*

2. num.

*2.num. 35. vers. sublimita primam limi-
tationem.*

107 Cæterùm *d.l.si ergo* §. 1. *ff.de iure dot.*
non distinguit de dote pia, vel de dote
prophana, ergo indistinctè intelligi de-
bet, quasi hoc priuilegium inductũ fuis-
set fauore dotis simpliciter, quæ multa
habet priuilegia clausa in corpore iu-
ris *l.1.ff. solut. matr.* quod non erit hoc
indignum, vt etiam in corpore illius iu-
ris *d.l. si ergo* §.1. includeretur, nẽpè di-
cendum est, quod priuilegia dotis sint
restricta, quando dos constituitur pro
pauperibus, vel miserabilibus personis,
quia aliud est, quòd priuilegium sit in-
dultum intuitu pietatis, aliud est, quod
sit concessum fauore dotis ratione pu-
blicæ vtilitatis, quæ in contrahendis
nuptijs vertatur, iuxtà *d. l. 1. ff. solut.
matr. iuncta l.in bello* §.*medio tempore*,
ibi, *& publica nuptiarum vtilitas exige-
bat ff.de capt.& post lim.reuers.* Vndè etiã
*Mantica in d.lib.1. tit. 23.sub nu.56.post
Bart.in l.2.* §.*si pecuniam ff.de donat.* sim-
108 plicitèr probat, & fatetur, quod spe-
ciale sit fauore dotis, vt mandatũ mor-
te non soluatur. Quod probat ex alio
medio ex eodem textu, vbi non appa-
ret esse speciale, quod mandatum dotis
per mortem non intelligitur solutum:
sed quod non sit locus pœnitentiæ, etiã
si superuixerit is, qui dotem constituit,
vel constituendam mandauit, quia fa-
uore dotis in contractibus innomina-
tis nõ est locus pœnitentiæ, secundùm
*Bart. in l.si pecuniam n.3. vers. respondet
ergo ad l.quod Seruius ubi Bald.col.2.vers.
5.oppono ff.de condit.ob caus. & in l. sicut
n.6.C.de act.& oblig.* vbi dicit casũ vni-
cum esse in iure, quod in contractu in-
nominato fauore dotis non habeat lo-
cum pœnitentia, sed fauore dotis id lo-
cum non habet ex pœnitentia: ità etiam
nùnc intelligi debet. Ergo quemadmo-
dùm pœnitentia nõ restringitur ad do-
tem datam ex causa pia, nec ad dotem
datã ex causa prophana, maximè, quia
hæres *in d.*§.1.*incipit si res*, hæres non
potest reuocare, sed præcisè cogitur
adimplere dispositionem defuncti, igi-
tur fatendum erit, quod ibi non solum
mandatum durat post mortem, sed om-
ninò redditur irreuocabile, quia nèc de-
functus dùm superuixit, nèc hæres po-
test resilire, quando textus dicit, *sed be-
nigniùs est fauore dotium necessitatem im-
poni hæredi, consentire ei, quod defunctus
fecit, aut si distulerit, vel absit etiam vo-
lente, vel absente eo dominium ad maritũ,
ipso iure transferri, nè mulier indotata sit*
& ità hunc *text.* extollit etiam *Decius
in d. l. eius, qui in Prouincia* §.*placebat n.
5.ff si cert.petat.* tametsi *in cons.35.sub n.
10. vers.postremo considerandum est*, di-
cat, quod hæc necessitas non imponitur
defuncto, sed hæredi, in quo est casus,
quod hæres est deterioris conditionis
defuncti, tamèn quicquid sit de hoc, ex-
cipitur consequentia illibata, quod non
possit hæres resilire, ergo non est immu-
tatum mandatum, quod ad vtramq; do-
tem, non ratione dumtaxàt piæ causæ,
sed benè fauore Reipublicæ, qui consi-
deratur indefinitè fauore dotis, vt ad-
uertit *Mantica in loco cit. vers. item re-
spondit.*

Vndè notandum quod supra di-
ximus *ex Baldo in d.l.sicut n.6. C.de act.*
109 *& oblig.* vbi dicit, casum vnum esse in
iure, quod in contractu innominato fa-
uore dotis, non esse locum pœnitentiæ,
id non esse omninò verum, secundùm
Couar.var.resol.lib.1.cap.14.sub num.16.
quia licèt, inquit, mandatum ad pias
causas morte mandantis non expiret,
nèc possit ab hærede reuocari, ex hoc
non sequitur, mandantem non posse mã-
datum reuocare: Imò omnes fatentur,
ei permissum esse: cùm hæc sit propria
natura mandati, vt re integra à man-
datore possit reuocari, neque illud pro-
batur *in d. l.si ergo* §. *si res ff.de iure dot.*
vt latè idem *Couar.* ostendit *num.16.* nèc
valet consequentia, mãdatum per mor-
tem non expirat, ergo non potest reuo
cari, quia secundùm *Alex. in d. l. si per-
missum in princ. n.15. vers. & qui vellet
respondere ff. de condit. ob causam*, hoc
entimema est falsum, quia sequeretur
etiam ad pias causas expresè non pos-
sit reuocari, quod nemo sapiens dixit,
testatur *Mantica loco cit.sub n.57.* subdés
vlteriùs *Couar. non obstare cap. exijt, qui
seminat vers. in eo vero casu de verb.
sign.in 6.* quia ibi non tractatur de mã-
dato, sed de donatione alicuius pecu-
niæ,

niæ, vel alterius rei ad elemosynam,& commodum Fratrum Mendicantium de Ordine S.Francisci,qui sunt incapaces bonorum temporalium,qua ratione constitutum est, vt ea pecunia deponatur penès aliquem, qui ad vtilitatem destinatam eam expendet, & cùm illa datio esset reuocabilis,nisi Fratres prædicti essēt omninò incapaces,ei,qui dedit,libera conceditur facultas reuocandi ante quàm eam expendat in causam destinatam,quæ facultas hæredi denegatur, ex quo colligit *Couar.* in contractibus innominatis etiam ad pias causas celebratis, locum esse pœnitentiæ, vt aduertit *Roman.in auth.similitèr priuil.18.n.35.ff.ad l.falcid. cum alijs ab eo coacernatis.*

Septimo limita dictam principalem regulam, quod mādatum morte finitur per *text. in d.l.fundi venditor*, quam pro septima allegauimus obiectione, contrà regulam *l. itèm si amicus ff. de acq.possess.*hoc in textu mandatum dicitur necessarium, quoties quis mandat facere id, ad quod necessariò tenebatur,mandatum eius morte non extinguitur: cùm etiam post mortem faciendi necessitas duret: Vndè cùm venditor vacuam possessionem emptori tradere debeat,si amico,vt emptori traderet,mandauit,quamuis ante traditionē, & sic re integra, decedat, mandatum nihilominùs magis nō extinguitur*Paul. Castr.in d.§. itèm si Amicus, Alex.ibid.n. 4.* qui in simili allegat *text. in cap.super gratia de rescript.in 6. Couar.pract.quæst. cap.11.in princ.*

110

111 Et ex hoc colligitur quod mandatū ad soluendum creditoribus morte mādatoris nō intelligitur extinctum, & ità tradit *Bald. in l.si quis n.1.ff.de procurat. Bart.in d.l.fundi n.1.ff.de acq.possess.*latè *Mozz. de mandato col. fin. vers. secundo limita.*

112 Sed obstat aduersus *textus in d.l.eius, qui in Prouincia §.quas verò ff.si cert. petat. vt Bald. in specie*, animaduertit *in d.cap.licèt n.5.ff.de offic.10. delegati,nec ex d. §. itē si amicus* hoc probatur,sed rectè intuenti contrarium videtur:nàm si fundi venditor mandauerit alicui, vt emptorem in vacuam possessionem induceret,eo mortuo,mādatarius non potest mandatum exequi, si sciat,eum mortuum esse,& tamen si mādatum non esset solutum,etiam si sciret, eum mortuū, exequi rectè posset, ex eo igitur,quod si ignorauerit, eū esse mortuum, intelligatur iure possessionē tradidisse, non sequitur quod mandatum sit morte solutum,quia ex iusta, & probabili ignorantia excusatur tradens, vt in *textu in l.intèr causas in princ.ff.mandati,Couar.pract.quæst.cap.11.n.2.*quam probabilem opinionem tenet *Salyc. in d.l.intèr causas n.4.vers.sed hic attendendum ff.mandat.*sequitur *Mantica d.lib.7. tit.13.sub n.48.Frāc. de Petr.sest.lect.lib. 2.cap.3. n. 1.*& nèc obstat *text.in d.cap. si super gratia de offic.deleg. in 6.* quia ibi loquitur de executione gratiæ à Romano Pōtifice concessæ,quæ eius morte impediri non debet, sed exequutor datus debet eam executioni demandare, etiam si sciat eum defunctum esse, vt ex communi *Doct.*sententia fatetur idē *Couar.in d.cap.11.n.2.uers.sed communis conclusio,Salyc.loco cit.n.7. uers.non obstat d.cap.super gratia*,dicens illud procedere in beneficijs,& gratijs,in quibus Romanus Pontifex sic constituit, nè propter defectum exequutorum res diutiùs protrahatur in præiudicium Ecclesiarum vacantium *Azor.instit.moral.loco cit.uers.septimo potestas delegata*,& hanc opinionem sequitur *Fulg.in d.l. eius,qui n.5.uers.ad finem ff.si cert. petat. Roman. in l.2.§.sed si quis col.2.uers.aut sumus in mandato speciali ff.de donat.Bald.in cons. 57.col.2.uers.itèm istud mandatum uol.5.*

113 Attamèn non est discedendum, ab illa prima magis tuta, & communiori opinione,vt testatur *Ant Gabr.lib.2.com. opin.tit.de procurat.concl.2.sub n.19.*longa Doctorum remissione id probans, & *Mantica loco cit.sub n. 49.* intelligendo tamèn de mandato exequendo tanquā de necessitate præcisa ex præcedenti contractu facto *Bellon.cons.2.num.14.*vt puta si Nuncio fuerit à Iudice mandatum, vt aliquem immitteret in possessionem. Nuncius exequi potest mandatum,mortuo etiam Iudice, quia non est mandata iurisdictio, sed executio,& sic excitatur potiùs Nuncij officium, qui ha-

habet hanc poteſtatem, vel iuriſdictionem alterius mandato ſubordinatam, ſecundùm *Bart. in d. l. morte n. 6. ff. de iuriſd. omn. iudic. Roman. in conſ. 202. nu. 3. Imola, Aret. & Alex. in d. l. fundi venditor. §. vlt. ff. de acq. poſſeſſ. Couar. d. cap. 11. nu. 2. verſ. ſecundo hoc ipſum probatur*, qui conſimilibus exemplis non confirmat, & ſignantèr *per text. in §. hoc uero iubemus in auth. ut nulli Iudic. lic. hab. loc. ſent.* ratio huius communis ſententiæ ea eſt, quia mandatum à Iudice factum fuit ad exequendum, ad quod ipſe tenebatur: nimirùm ad iuſtitiam miniſtrãdam *l. 1. cum gl. & l. poteſt, ff. de iuriſd. omn. iudic. & l. minor §. iudicandum ff. de mun. & honorib. Alex. in d. l. fundi venditor n. 6. ff. de acq. poſſeſſ.* maximè ſi mandatum iniunctum ſit à Iudice: cum cauſæ cognitione, quia tùnc cùm virtus ſit perpetua, morte mandantis non extinguitur *d. cap. ſi ſuper gratia de offic. deleg. in ſexto.*

114 Quod ſubintellige, vt mandatum morte non intelligitur ſolutum ex cauſa neceſſaria, vt habeat locum, ſi mandans deceſſerit cum hærede; Quia tùnc mandatarius poteſt ſubſtinere dictum mãdatum ex perſona hæredis, qui repræſentat defunctũ. Aliud eſſet, ſi deceſſerit ſine hærede, quia tùnc, ex quo nulla remanet imago defuncti, & ideo qui mandatum ſuſcepit non poteſt vti titulo mandatoris ipſius, quod nec verè, nec fictè ampliùs extat, vt *in l. poſtquam in princ. ff. ut leg. nom. caueat. & poſt Bald. & Roman. teſtatur Alex. in d. l. fundi n. 4. ff. de acq. poſſeſſ.* ex noſtratibus *Capyc. decif. 47. D. Reg. Rouit. in d. rubr. de procurat.* & explicauimus ſuprà.

115 Octauo limitatur dicta principalis propoſitio, quando quis inſtituitur Procurator in rem propriam, tùnc nèc reuocari poteſt, *Bart. in l. 2. §. ſed, & ſi quis col. 3. in fine verſ. oppono ff. de donat. & in l. 1. col. 2. verſ. contrà omnes iſtas lecturas, C. de act. & oblig. & in l. ſi Procuratorem ff. de condit. ob cauſam, Bald. in l. mandata col. 4. in princ. verſ. itèm oppono, C. mandati, & in l. ſi Pater, C. eod. Salyc. in d. l. intèr cauſas col. 2. in fine verſ. oppono, & col. 4. verſ. tertio caſu, ff. mand. Alber. de Roſat. in d. l. eius, qui in Prouincia col. 4. verſ. ſi verò re integra ff. ſi cert. petat. Menoch. de præſumpt. lib. 2. præſumpt. 36. n. 36. Gabr. dicta concl. 2. n. 36. tit. de procurat. lib. 2. Grat. diſcept. forenſ. cap. 507. n. 12. & cap. 342. Mantica d. lib. 6. tit. 13. nu. 62. Fab. Golin. d. parte 3. cap. 14. n. 26. Mozz. de mandato verſ. ſeptimo fallit, Piccard. loco cit. verſ. nono non obſtat, D. Altim. obſeruat. ad 3. conſil. D. Rouit. obſeruat. 49. num. 3.*

126 Quod intellige primo, quando eſſet mandatum ſimplex in rem propriam abſque ceſsione iurium: ſecùs ſi mandatum fiat cùm ceſſione iurium, quia tùnc rectè expirat mandatum *D. Reg. Rouit. in conſ. 38. num. 5. vol. 1. Bertaz. clauſ. 29. gl. 1. n. 5.* ſequitur *Golin. d. par. 3. cap. 4. ſub n. 17. Altim. loco cit. num. 4.*

117 Intellige ſecundo, ſi mandans cùm hærede decederet: ſecùs ſi nullo relicto hærede, vt de mandato neceſſario mox ſupra diximus *text. in l. 1. C. de oblig. & act. vbi Bart. col. 2. verſ. contrà omnes, & in d. l. 2. §. ſi quis donaturus in princ. verſ. oppono d. l. illam vbi Bald. n. 2. & 12. C. eod. Iaſ. in d. l. eius, qui §. placebat num. 1. verſ. quinto limita ff. ſi cert. petat. Mangrella in addit. ad text. in d. l. ſi defunctus ff. de procurat. Mantica d. lib. 7. tit. 3. n. 52. verſ. ſed hoc intelligitur, Gol. loco cit. ſub n. 20. Gabr. d. concl. 2. num. 37.*

118 Nono limitatur, quando mandatum non eſt gratuitum, nempè quando aliquod ſalarium etiam in genere ſit promiſſum, tùnc etiam morte non intelligitur diſſolutum, quia ſymbolizatur tùnc hoc mandati genus in locationem, vel in contractum innominatum *l. 1. in fine ff. mand.* & ſi ſtipulatio ſit interpoſita tranſit ad hæredes *Ruin. ſæpè ſæpiùs cit. conſ. 115. num. 8. lib. 1.*

119 Decimo limitatur dicta regula, quando mandatum eſt factum in gratiã tertij, de cuius agitur præiudicio, & cõmodo, eo nempè caſu tale genus mandati per mortem nullatenùs extinguitur *Ruin. conſ. 7. n. 8. & conſ. 135. poſt Bald. in l. id quod pauperibus C. de Epiſc. & Cleric. teſtatur Menoch. d. præſumpt. lib. 2. præſ. 36.* comprobat *Golin. loco cit. n. 128.* ante eum *Gabr. d. concl. 2. in fine.*

120 Limitatur vndecimo dicta regula in procuratore conſtituto ab vulnerato ad faciendam pacem, vel remiſſionem,

quia

quia tùnc tale mandatum morte mandantis non expirat *Bald.in addit.ad Spec. tit.de homicidio in fine, verſ.immo plus*, quē refert, & ſequitur *Dec.in d.l.eius,qui §.placebat col.2.verſ.4. fallit ff.ſi cert.petat.& ibi Iaſ.col.1.in fine verſ.4.limita Hippol. de Marſil.ſing.44.*, quos omnes citat, & ſequitur *Gabr. d. lib. 2. concl.2. num.38.*, quod extende etiam in mandato ad faciendum pactum, vt ſentit *Spec.in d.tit. de homicidio, Mantica loco cit.num.63.*

121 Limita duodecimo, quotieſcumque mandatum eſſet factum cum clauſula, donèc reuocetur mandatum, quia tùnc eiuſmodi mandatum non extinguitur morte, ſed neceſſe eſt, quod expreſsè reuocetur *Bart. in l. morte col.fin. verſ. quaero morte mandantis ff. de iuriſd. omn. Iudic. Iaſ. in d.l. eius, qui in prouincia §. placebat col.2. verſ.ſexto nota;cùm caeteris allegatis à Gabr. d.concl.2.ſub nu.39.propè finem* quibus adde *Mar.Mut.in cap.Sicilia tit.de offic.Proreg.pragm.1.tit.1.num. 85.tomo 1. Mozz.loco cit.col.7.ſub num. 20. Azor.loco cit.verſ.10.*

122 Limitatur decimo tertio in mandato de pecunia mutuanda, cuius dominium fuit in eum translatum, qui ſuſcepit mandatum, quia tùnc poſt mortem mādantis mandatarius poteſt dominium pecuniae in aliquē transferre, & proindè mandatum morte mandantis extinctum dici non poteſt *l. hoc iure §. ſi quis dederit ff. de donat.ſecundum Bart. in d. l.eius, qui in prouincia num. 22. ff.ſi cert. petat.ſequitur Mantica d.tit.23. num.61.* quaerens *num.62.* an in dubio videatur translatum pecuniae dominium in mādatarium, reſoluens cùm *Bartoli* diſtinctione, quod aut pecunia fuit in genere,in ſacculo nempè conſignata,aut numerata, in primo caſu,affirmat,non fuiſſe translatum dominium, & tùnc mandatum morte extinquitur arg. à contrario ſenſu: in ſecundo vero caſu corruit mandatum, ex quo eſt ex tùnc translatum dominium, & quomodo hoc intelligatur ſuo dicemus loco.

123 Decimo quarto limitatur, quando procurator iure feudali factus eſt dominus litis, per eius conteſtationem, tùnc etiam litem proſequi poteſt, mortuo adhùc principali feudatario *Capyc. deciſ.186.Tepat.var.iur.ſent.tit.88.cap.7. col.4.Marta in ff.nouiſſ.parte 1. tit.de procur.cap.63.poſt eos Golin. d.parte 3.cap.4. num. 28.*

124 Decimo quinto limita in poteſtate delegata à Pontifice gratia religionis, & fidei, nempè ſacrum officium inquiſitorum, tùnc non extinquitur ob ipſius Summi Pontificis obitum *cap. ne aliqui de Haeret.in 6. vt late Azor. inſtit. moral. p. 3. lib. 19. cap. 7. verſ. ſexto ſacrum officium.*

125 Decimo ſexto poteſtas Legati à latere Summi Pontificis miſſi ad aliquam prouinciam non finitur morte Romani Pontificis mictentis *cap. Legatus de offic. Leg. in 6.*

126 Nono ſymbolizatur ſocietas cùm mandato, quia quemadmodum ſocius poteſt obligare ſuum conſocium, eiuſque bona, concurrentibus duobus requiſitis, tacitum ſcilicèt mandatum ſaltim, & quod altèr ſocius nomine ſocietatis ſuper re pertinente ad ſocietatem contrahat, ſecundum quod deciſum refert *Grat. deciſ. Marchiae 178.* vbi etiàm additio, *D. Conſil.Hodierna ad Surd. deciſ.213.in fine:* ſic etiàm in mandatario, qui poteſt ſuum principalem obligare accedente mandato ſpeciali ad illum obligandum nomine mandati, vt ſupra probauimus, quod adeo eſt verum, vt requiratur vltra mandatum, ſcientia Procuratoris, habuiſſe mandatum contentum in literis tempore geſtae obligationis, alias dominum obligare non poſſet, niſi habita notitia ſuſcepti mandati per procuratorem, & ſic articulandum, & probandum per creditorem, quando tenor mandati non reperitur in actu inſertus, aliàs non obtinebit,ſecundum *Bart.in l.Pupilli §. 1. num. 6. & 7.ff.de neg.geſt.* & hanc eſſe communem opinionem,teſtatur *D.Reg. Galeot.d.cōtr. 29.ſub num.59.*,vbi teſtatur etiàm, quod procurator habens mandatum ad fideiubendum non poteſt ſum principalem obligare inſolidum.

127 Decimo, & vltimo pro nùnc ſymbolizatur ſocietas cùm mandato, quia ſocius explicans actum nomine ſocietatis inualidae: dùm poterat explicare nomi-

ne proprio valido, ille actus explicatus ex falsa societate non tenet: nèc etiã nomine proprio, ex regula quod potui nolui, & quod volui non potui *Gabr. d. concl.29.n.63*.sic in mãdatario,siuè procuratore, qui comparuit cùm mandato insufficienti: quia tùnc licèt iudicium sufficientissimũ haberet à domino, acta ab eo facti non valent *Honded. cons. 55. num. 80. vol. 1. Fontanella de pact. nupt.tomo 2. clauf.6.gl.3. part.7.num.61. Nouar. quaest.for, lib.2. quaest.3. num.14.*, pro vt de coniuncto, qui poterat pro coniuncto sine mandato comparere, comparuit vti eius procurator, cùm tamen mandatum non haberet, acta tanquàm facta à persona illegitima non valent, neque vti facta à persona coniuncta *Roman. cons. 446.*, qui tractat, etiam de Iudicio facto à Marito tanquã Procuratore vxoris, illud scilicèt non valere, si insufficienti: vel nullo mandato sit agitatum, etiam si tanquàm à marito, ex illa regula quod potui noIui,& quod volui non potui *Anna alleg. 27. num.2.*

ARGVMENTVM.

Societas legalis an sit symbola cùm mandato legali.

SVMMARIVM.

1 *Mandatum legale quis habet.*

2 *Tutor debet vtilia agere, & inutilia praetermittere, & rem pupilli saluam fore.*

3 *Iussus, authoritas,licentia, consilium,& consensus enumerantur.*

4 *Consensus debet esse mutuus in societate.*

5 *Matrimonium qua circumstantia in se habeat.*

6 *Homo in quo differat à caeteris animantibus.*

7 *Actus coniugalis est licitus.*

8 *Homo non peccat vtens actu coniugali.*

9 *Maritus quomodo se gerere debet erga vxorem, & num.19.*

10 *Dictio (gratis) in matrimonio quid significat.*

11 *Coitus noxius ex parte viri, & quando.*

12 *Maritus absens quomodo geritur aduersùs vxorem.*

13 *Mulier, quae pronior sit ad libidinem, an virgo, vel corrupta,& num.14.*

15 *Libido non terminatur annis.*

16 *Certa forma an praescribi possit in mandato legali.*

17 *Maritus mediam viam eligere debet erga vxorem.*

18 *Petitionis optio an sit mariti, vel vxoris.*

20 *Procurator, Mandatarius, & Oeconomus, in quo sint symboli cum socio.*

21 *Vir tenetur reddere debitum ab vxore petitum.*

22 *Viri corpus est vxoris.*

23 *Mandatum tacitum est symbolum cum societate tacita.*

24 *Mandatum tacitum dicitur interpretatiuum.*

25 *Mulier quibus modis mandatum exigat à marito.*

26 *Mulier an statim post contractum matrimonium teneatur reddere debitum marito.*

27 *Tempus ad mutandum statum intèr coniuges post contractum, & non consumatum matrimonium quantum sit.*

28 *Mandatarius, & socius quãdo sint symboli quoad dolum, & culpam.*

29 *Coniuges quando non sic exactè teneatur ad redditionem debiti.*

30 *Periculorum exempla in non reddendo debitum quis enumeret.*

31 *Mandatarius sicuti diù abesse non potest à negotio, sic Coniux ab altero Coniuge.*

32 *Mandatarius legalis sicùt non debet remedys illicitis euertere mandatum, sic nèc etiam coniux exercere se debet erga alterum coniugem.*

33 *Mandatarius legalis potest mandatum exercere, etiam si mandatarius sit excommunicatus, sic etiam coniux potest debitum petere ab altero coniuge etiam excommunicato.*

43 *Man-*

34 *Mandatarius quemadmodum tenetur suum mandatum exercere, non obstante impotentia sui principalis, sic etiam Coniux.*
35 *Procurator legitimorum quemadmodũ legitimè impeditus non tenetur exercere mãdatum. sic Coniux legitimè impeditus non tenetur reddere debitum coniugi petenti.*
36 *Vxor tenetur in consuetis menstruis reddere debitum marito, & quare n.37.*
38 *Sanguis menstruus mulieribus an sit noxius.*
39 *Sanguis menstruus nascitur ex feruescentia, non ex malitia sanguinis.*
40 *Mulier an sit frigidior homine.*
41 *Mulier cur citius pubescat, quàm vir.*
42 *Mulier cur magis patitur frigus.*
43 *Calor pilos non generat, sed expellit.*
44 *Pili resolutio est maioris actiuitatis caloris, quàm generatio.*
45 *Aurũ cur absolutum ab omni rubigine.*
46 *Sanguis menstruus superfluus, non noxius.*
47 *Mulier menstruata an visu speculum maculet.*
48 *Filius leprosus, epilepticus, & demoniacus an nascatur à muliere menstruata.*
49 *Lepra quomodo eueniat in fœtu.*
50 *Mostrorũ generatio quomodo contingat.*
51 *Lex Moysita quomodo uetuit cognitionem cum menstruata.*
52 *Mandatarius onustus legis suspictione non tenetur reddere mandatum, quemadmodum, & uxor grauida non tenetur reddere debitum.*
53 *Mulier, & equa cur post impregnationem appetant coitum, n.seq. remissiuè.*
55 *Mulieres insimul cocuntes qua pœna puniantur remissiuè.*
56 *Mandatarius an quemadmodum non teneatur reddere mandatum si insanitur mandans; sic etiam Coniux non teneatur reddere debitum Coniugi fatuo, & num.65.*
57 *Quæ fieri possunt per mandatorem furiosum, fieri etiam possunt per mandatarium sanæ mentis.*
58 *Furiosus, & pupillus sunt symboli.*
59 *Scientia, & uoluntas omninò exiguntur ad adeundam hæreditatem.*
60 *Fideiussor quando naturalitèr obligetur.*
61 *Furiosus nullum negotiũ explere potest.*
62 *Furiosus in quo sit symbolus cũ prodigo.*
63 *Furiosus suus hæres ipso iure fit hæres.*
64 *Eideiussor interuenire non potest pro eo, cui bona sunt interdicta.*
66 *Procurator quilibet sicuti non debet patrocinari in suum damnum, sic Coniux debitum reddere non tenetur in sui detrimentum, quod sublimitas, remoto periculo infirmitatis n.67.*

Sublimita secundo, data scientia Coniugis de morbo alterius Coniugis tempore contracti matrimonij n. 68.

69 *Tutori quando constituatur salarium.*
70 *Paupertas an excuset à redditione debiti coniugalis.*
71 *Mandatarius quemadmodum non tenetur exercere suum mandatum contra suum Compatrem spiritualem, sic etiam Coniux non tenètur reddere debitum Coniugi compatri spirituali.*
72 *Compatratum quando contrahatur intèr Coniuges, & n.73. & 74.*
75 *Procurator quemadmodum non teneatur patrocinari contra affinem carnalem, sic etiam coniux non tenetur reddere debitum affini carnali, & n.78.*
76 *Fornicatio in quo gradu inducit affinitatem, & num.77. & 79.*
80 *Coniux nocens ad finem, vt priuetur facultate petendi an requiratur sententia Iudicis remissiuè, & excitantur aliæ quæstiones circa hoc remissiuè sub num. 81.82. & 83.*
84 *Mandatarius sicuti non tenetur mandatum illicitum exercere. sic Coniux non potest illicitè debitum petere ab altero coniuge.*
85 *Mandatarius quemadmodum non tenetur exercere mandatum ex voto facto. Sic etiam coniux ex voto non tenetur reddere debitum alteri Coniugi, quid quando vterque coniux votum castitatis ligentur.*

CAP. VI.

1 MAndatum legale esse, diximus, illud, quod habent Tutor, & Procurator Fisci, qui dicuntur habere mandatum cùm libera, & possunt ea
2 facere, quæ exigerent mandatum speciale in vtilitatem mãdantis dumtaxat, & non

& non in interitum, quia Tutor debet vtilia agere, & inutilia pretermictere rem pupilli saluam fore, & sic procurator fisci, Syndicus, & Oeconomus, Pater, & similes *Nouar. in rubr. super pragm. de administr. Vniuers. collect. 1. num. 4.*
3 & distinguitur, intèr iussum, consensum, authoritatem, licentiam, consilium, & consensum, secundum *Bald. in l. si autem ff. de aqua pluuia arcenda, & in l. si quis mihi bona §. iussum ff. de acq. hered. vbi per Alex. num. 9. vers. cui adde Ias. num. 37. vers. 3.*, qui consensus debet esse mu-
4 tuus in societate legali: cùm coniugium institutum principalitèr extitit, nè dum ad bonum prolis pro multiplicatione generis humani: verùm etiàm ad bonum fidei, vt scilicèt coniuges ex iustitia ad debitum sibi mutuum reddendũ teneantur: tametsi alias etiàm finis cir-
5 cumstantias cumulent *Doct.*, quæ in actibus humanis primum locum obtinent. Quippe Primo significationem vnionis Christi cùm Ecclesia, & cùm carne. Secundo sanitatem corporis. Tertio euitationem fornicationis, & Quarto voluptatem, aliumque extraneum finem, iuxtà quæ dixerat *Arist.*
6 *1. Oeconom. 3.*, in hoc differre hominem à cæteris animantibus: nàm animantia, & præsertim, quæ non sunt capacia prudentiæ se indistinctè coniungunt absque alio respectu & fine, sed tantùm quando mouentur desiderio naturali, & sic saltim procreandi gratia, homines verò in societatem veniunt; non tantùm vt procreant filios, & per procreationem perpetuetur genus suum: verùm etiàm benè essendi causa: iure igitur merito concludunt communitèr *Doct. Canonistæ post. gl. in cap. quicquid 31. quæst. 2. & sacri Theologi post Magistr.*
7 *sentent. lib. 4. distinct. 31. ibique* præcisè *Diuus Thomas q. 2. art. 2.* actum coniugalem licitum esse, tantumque abesse, vt coniuges per actum istum pennent, vt potius ille constituat opus virtutis, & obligatorius, & sic cattolica veritas, nemine refragante, admictit, quo ad bonum prolis: dùm matrimonium instituit Deus ad multiplicationem generis humani, non poterit vtens
8 ad hunc finem peccare: nàm, alias supponeretur, Deum rem illicitam instituisse, quod non est dicendum, & quo ad debitum mutuum, quia cùm teneantur coniuges ex iustitia ad dictum debitum sibi mutuo reddendum, dùm accedit coniux ad coniugium, pro huic obligationi satisfaciendo, videtur facere opus obligatorium, ac etiàm virtutis ex legali mandato sibi iniunctum.

Attencto ergo, quòd licitum reddatur mandatum intèr coniuges in ordinem ad copulam, & quod teneatur in consequentiam maritus reddere coniugale debitum vxori, tàm si expresè, quàm si etiàm tacitè petat, quemadmodum infrà subijciemus, aduertit *Arist.*
9 *1. Oecon. 4.*, vt in tali casu talitèr se gerat maritus, *vt neque desit præsentibus, neque absentibus impotens sit acquiescere.*

Docet modum ipsemet *Arist. loco cit.* quomodo id fieri potest, subdendo exẽplum de mente *Hesiodi*, quod rectè ità
10 se habebit, si puellam acceperit magis, rationem de hoc offert: quoniam accipiendo Puellam, *gratis*, hoc est *sibi*; nàm ità exponenda est dictio illa, *gratis*, quemadmodum exponit eam *Leonardus Aretinus in sua Paraphrasi ad cap. 4. Oecon. 1.*, moribus eam imbuere possit: vndè Maritus circa hoc mandatum se habeat, adeo vt *non desit præsentibus, nec sit impotens acquiescere absentibus*, sed benè ità assuefieri, vt sufficientèr se habeat in præsentia, & in absentia. Quarè rectè subdit, id facilitèr euenire posse; Si puellam magis acceperit, ex eo quia vti nouam in talibus, vt indicàt ipsemet *Arist. d. cap. 4. in fine*, poterit illam imbuere bonis moribus, & temperantia circa talia, cùm haud negari possit, quin reddatur verissimum hisce præsertim temporibus, quod *Seneca* exclamat, dicens *Epist. 28. Nec est consumata infelicitas, vbi turpia non solum delectant, sed etiàm placent, & desinit esse locus remedio, vbi quæ fuerunt vitia mores sunt.*

Ratio præfatorum fiet, quia, cùm, vt diximus, teneatur Maritus reddere coniugale debitum, & quotiescumque siuè tacitè petierit, siuè expresè, vt in-
11 frà etiàm dicemus. Itèm quia copula, & sic coitus ex parte viri quandoque

noxius

Digitized by Google

noxius ex causa immoderantiæ redditur, & quando habet qualitates aggrauantes, vt progreditur *Tiraq. super l. connub. 15. à num. 16. vsque ad num. 75.* qui tamen ibi super eadem *l. à num. 73. vsque ad num. 92.* prosequitur etiàm vtilitates ex coitu prouenientes, quas vtrasque cupidus lector ab eod: excipere valebit, nō enim eas recensere fum arbitratus, quia vt aduertit etiàm *Cassan. in cathalogo glor. mundi parte 2. consi. 78. vers. sed videtur*, ceù admodum lasciuæ taccndæ sunt potiùs, quàm reticendæ. Ideo Maritus accipere debet iuuanem, & sic Virginem magis, quàm vetulam, & Viduam, quoniam accipiendo iuuanem, ceù nouam in talibus assuefaciet eam, ità vt *non desit præsenti*: quando scilicèt ipsa vxor petierit nō reddetur impotens *acquiescere absenti*, hoc est Mulier, quando contingerit, virum abesse, possit acquiescere vsque ad ipsius viri redditum absque vitio incontinentiæ, vel intelligendo hoc ipsum

12 etiàm respectu eiusdem mariti, qui si assuctus fiet per temperantiam, ità vt absentibus non reddatur impotens acquiescere, possit, si abesse contingerit, sufferre tolerantiam iuxtà assuefactionis habitum, & verificabitur exioma illud, quod assuctis non fit passio, sed si fit non tanta.

13 Et licèt sit magna quæstio intèr Doctores, quæ mulier sit pronior ad libidinem, si scilicèt virgo, an verò corrupta, eo quod pro vtraque videtur stare sibi contrarius *Diuus Hieronymus*, qui *in libello de vitando suspecto conturbernio*, pro Virgine sic scriptum reliquit, *libido in Virginibus maiorem famem patitur; dùm dulcius esse putant, quàm nesciunt*, sequitur illum *gl. in cap. Viduam il primo in verbo .. . sunt 27. q. 1 Itemque* idem *Diuus Hieronymus ad Gaudentium de Pacatula infantula educatione* rursum tradit, *eos faciliùs libidine carere, qui aliquando experti sunt corporis voluptatem, quàm eos, qui a pueritia libidinem nescierunt*, iuxtà quæ dixerunt *Diuus Thom. in 4. sent. ac Diuus Antoninus in sua summa parte 2. tit. 5. & post eos Afflict. in Constit. Regni si quis rapere col. 2. sub num. 4. vers. sed quæro, quę est ratio*, Virgines esse pronas in Venerem, vtpotè, quæ magis expetant eam voluptatem experiri, cuius adhùc non fuerunt expertæ.

14 Attamen contrà virgines pro corruptis, vt scilicèt proniores ad Venerem sint corruptæ, quàm virgines, voluit idē *Diuus Hieronymus* in pluribus locis, quæ in vnum redigit *Tiraq. in d. l. connub. 9. n. 118.* & primo de Monogenia ad Geruntiam, vbi ait, *Certè multo laboriosiùs est eo non frui, quod habeas, quàm desiderare quod amiseris.* Vndè, & virginitas in eo facilior est, quod carnis incentiua nō nouit, & viduitas in eo soluitur, quod præteritas animo recolit voluptates. *Secundo lib. 1. contra Iouinianum*, vbi de viduis loquitur, & ait. *Quātò est maior difficultas experta, quod nàm uoluptatis illecebris abstinere, tanto maius est præmium*, & *tertiò ad Calantiam de institutione Matrisfam. Magnum hoc enim signum, & perfecta uirtutis indicium est retroanimi experta uoluptati fugere motas carnis illecebras, & calentis adhùc ætatis flammas fidei amore restringere.* Et ità in hoc articulo consentiunt etiam *Tiraq. Diuus Ambros. Thimoth. Epist. Ioan. Gerson. Arist.* & ex nostratibus *Alciat. in l. multum, §. uiduam in fine, ff. de uerb. sign. relat. per eūd. Tiraq. loco cit.* cùm quibus ipse pariter assentitur, vide *Neuiz. in sua Sylua nupt. lib. 2.* verbo *Seni non est nubendum sub n. 38 folio meo 130.* vbi enarrat quàm cito transeat venerea voluptas, quam cupiunt experiri virgines.

15 Lubebit insupèr ex alio insinuare assuefactionem istam, quia libido non terminatur annis, nec senio extinguitur, vt dicebat *Lactantius Firmianus in libro de Diuino Præmio cap. 10. fol. 114. Vitia* (inquit ipse) *omnia temporalia sunt, ad præsens enim commouetur ira impetus, recepta ultione, sedatur, libinis uoluptas corporis finis est, quare illum habitum circa eam assumere debet coniux, quo obseruabilis persistere ualeat ad dissolutionem usque.*

His sic modos peroratis, aliqua sunt discutienda, ac examinanda occurrunt, quæ videantur ex professo quæstionis excitatæ adaptari posse.

16 Primum erit, vtrum sicuti in mandato legali præscribi possit certa regula, aut forma

firma constitui meta, siuè forma, quam transgredi non licèt: cùm in omnibus mandatis diligentèr sit custodienda, & obseruanda forma,& eius finis,aliàs diceretur excedens falsus,& præuaricator *Bald.in cap.ex parte n.5.extra de rescript. num.13.*sic etiam liceat circa coniugum concubitum in petitione,& redditione.

In cuius resolutione *Tiraq.* qui videtur admodum dilatare fimbrias circa materiam istius coniugalis concubitus

17 *in l.connub.15.per totam,* non aliàs videtur exigere, nisi quod maritus mediã viam eligat, & sic nèc minùs coire pertimescat, neque nimis concupiscat, sed frequentèr,& immodicam fugiat,rarum verò, atque semper eam exerceat intrepidè,& frequentem istum, aut rarum nō tàm numero, quàm natura,ratione ętatis,corporis, temperantiæ, & temporis existimet.

18 Cæterùm adhùc indecisa, & irresoluta manet quæstio: cùm tradita per *Tiraq.*vendicent sibi locum à casu, quando marito datur petendi optio, & sic quando est in facultate mariti petitio. At quia tenetur ipse reddere vxori, quotiescumque ea petierit,videtur vtiq; id totum dependere ex voluntate,& cōcupiscentia amoris,velit, nec nè,petere, non verò ex voluntate viri,qui reddere tenetur, dùm supposito, quod vxor petat, semper reddere tenetur.

19 Proindè pro resolutione recurrendū ad consilium traditum per *Arist. loco cit.* vt scilicèt respectu ipsius mariti in vsu talitèr se gerat, *vt neq; desit præsentibus, neque sit impotens absentibus acquiescere.* Respectu verò vxoris, vt iuuenem magis accipiat, quàm corruptam,quoniam accipiendo, sic vti nouam in talibus,sibi eam moribus imbuere poterit, vt sufficientèr se habeat in præsentia,& in absentia, aliàs si excesserit,non erit vera vxor, sed falsa, adultera, & præuaricatrix, adinstàr mandatarij excedentis mandatum sibi iniunctum, & iure quidem;nàm cùm coitus, vt experientia docet, eo fortiùs concupiscatur,quo sæpiùs frequentatur,& verùm est,quod inquit *Salamon prouerb.36.* Tria scilicèt esse insatiabilia, *os inferni, os vulua, & ignis,qua nunquam dicunt, sufficit,sufficit,* & *Annæus Robertus rer.iudic.lib.2.f.385. Ad propositum, carere voluptate tàm grata,quàm satiari difficiliùs,bona erit satisfactio iuxta uires naturæ, ætatis, corporis,temperantiæ,& temporis.*

20 Secundo loco discutiendum erit, an reddatur vndique semper indefinitè, & absolutè verum, quod sicuti mandatarius,Pater,Tutor,Oeconomus,& similes à lege mandatum habentes teneantur reddere exercitium mandati eorum principali, sic etiam teneatur maritus reddere debitum vxori petenti, & in hoc constituenda est regula generalis

21 affirmatiua desumpta ex irrefragabilibus principijs Doctorum, tàm Canonistarum,quàm Theologorum, teneri scicèt semper,quod ab vxore petatur, quæ regula est præcipua fauore etiam viri: vt scilicèt teneatur econtrà vxor ad petitionem viri reddere, quotiescumq;ipse petat,& tametsi, constituamus principalitèr regulam quoad redditionem debitam vxori petenti,id fit, quia in hoc sūt magis controuersi casus: cùm vt plurimum mulier,nèc deneget,nèc denegare contendat, quādo à marito sollicitatur.

22 Constat principalis conclusio, & Iustitię legis pręcepto,eo quod corpus viri est vxoris, & è contrà vxoris corpus est viri,vt testatur *Apost.1. Corinth.7.* dicens, *Mulier non habet potestatem corporis sui,sed Vir,similitèr autem,& Vir non habet potestatem sui corporis,sed mulier*,probant communitèr *Doct.post Magistr.sent. in 4.dist. 32. q. 1. Syluester, & Summistæ omnes in verbo debitum coniugale, Couar. de Matr.par.2.cap.7. §.2.num.1.*& in hoc notes symbolam subiectionem, & Dominicam potestatem.

23 Amplies modo regulam istam. Primo,vt quemadmodum mandatarius teneatur non tantum exequi quæ expressa sunt in mandato,sed etiam quæ ex sui natura tacitè comprehenduntur, vt ex *textu in l. non cogendum §.si Procuratori ff.de procurat. Alex. & Bart. in l.cùm procurator in princ.ff. de noui oper. nunciat.* connexitatis, & contiguitatis mandati, *l.ad rem mobilem,* vbi *Doct.ff.de procurat. Vrsill.ad Afflict.decis.285.num.18.& 19.* licèt is male dixerit,procuratorem constitutum ad vendendum posse pretium

reci-

Digitized by Google

recipere, vel si ei videbitur fidem de pretio habere, quia receptio pretij non est de annexis, & connexis mandati ad vendendum, vt diximus in *tract. de assist. quæst.* 20. *num.* 4. *& seq.*

Sic etiam in coniugibus reddere debitum tenentur ad inuicem, non tàm si expressè petierit alter ipsorum, quàm etiam si tacitè, quinimmò etiam si interpretatiuè, & ità in hoc resident omnes communitèr post *D. Th. lib. 4. sent. art. 6. dist. 32. q. vnica art. 2. quæstiuncula* 1.

24 Tacitum istud, sinè interpretatiuum mandatum intelligunt, quando aliquod signum sufficiens ad tacitam petitionem demonstratur, ex quo percipere vir possit voluntatem petentis, idque ex eo admittunt, quia cùm multoties sint mulieres verecundæ, non solent vt plurimum expressis verbis petere, *Diuus Tho. super d. sent. d. dist.* 32. *q. vnica art.* 2. *quæstiuncula* 1. *in corpore*, *Nauar. in manuali confess. cap.* 16. *n.* 26. *Armilla in Summa in verbo Matrimonium n.* 85. *Rosella in verbo debitum n.* 5. *Angelic. in eod. verbo debitum num.* 16. *cæterique longa remissione apud Sanchez de matr. lib.* 9. *disput.* 2. *n.* 4.

Cæterùm addes de mente *Augustini de Ancona super epist. Diui Pauli*, quem in id citat, & sequitur *Syluest. in sua Summa verbo debitum n.* 10. quæ secundum, et *Nauar. d. cap.* 16. *nu.* 26. cui adstipulatur etiam *Diuus Antonius in Summa 3. parte tit.* 1. *cap.* 20. §. 6. posse scilicèt, et dici mu-

25 lierem petere nō tantum præfatis duobus modis, quippè expresè, et interpretatiuè, hoc est expressim verbo, et tacitè signo: verùm etiam tertio modo scilicèt suo ingenio, siuè conditione, et est, quādo vir scit eam petere debere, verum ex verecundia dissimulat, et hoc est, quod voluerunt dicere *DD.* extendentes ampliationem istam, in casu, quando aliquibus signis cognosceret alter coniux incontinentiæ periculum, vt rectè probat, & declarat *Sanchez loco cit. n.* 6. post multos, quos ibi recenset, maximè, quando vxor absque aliqua præcedenti probabili causa non benè se habet cùm viro, quia *hoc signum est aquarium*, & expertus vir, quod secuta copula, lætatur vxor, & omnia benè facit hilari animo. Idque etiam est intelligendum respectu

Viri, quando scilicèt non auderet Maritus petere verbo, aut signis proptèr pusillanimitatem, vel proptèr duram vxoris conditionem, aut eiusdem insignem authoritatem, vt adnotauit *Nauar. d. cap.* 16. *num.* 26. cùm quo concordat *Sanch. d. lib.* 9. *disput.* 2. *sub num.* 5. vbi alios etiā in id refert, & ego scio homines titulatos, qui hoc experti sunt cùm suis vxoribus, & quando intendebant petere, oportebat id facere flexis genibus, & non sine aliquo sumptu.

26 Aduertas tamen in hoc ad vnum pro limitatione huius explicationis, nō teneri scilicèt statim coniugem requisitum post contractum matrimonium ad reddendum debitum post aliquod tempus, quod de iure sibi indulgetur ad meliorem statum Religionis eligendum per *text. in cap. ex publico* 7. *de conuers. coniug. concordant Diuus Thomas, & alij coacernati per Sotum in* 4. *sent. dict.* 32. *quæst.* 1. *art.* 3. *Vinaldus in candelabro aureo in tit. de matr. de debito coniugali num.* 255. *& text. in d. cap. ex publico* videatur ad hoc præfigere terminū duorum mensium, illud vero præuenit, quia sic placuit *D. Papa* indulgere in ea facti contingentia, vndè, vt rectè aduertamus, percallunt Doctores non constitui bimestre illud, ibi indultam regulam generalem, ità vt semper illud de-

27 beat esse vniforme, & bimestre, sed remictitur arbitrio Iudicis quantum diffiniendum, & indulgendum sit, vt sentiunt *gl. & Abb. in cap. ex publico*, cæterique communitèr post eos, *& ex Theologis Castropalaus de matrim. disp.* 3. *pūct.* 2. §. 5. *num.* 5. *qui alios citat*, est benè verum, quod in casu quo fuerit terminus præscriptus, erit ille peremptorius, vt colligitur ex dictis per eādem *gl.* intelligendo tamen limitationem istam, in casu, quo matrimonium non fuisset cōsumatum per carnis copulam, quia si fuisset consumatum nullum datur tempus ad eligendum, vt patet ex dicto *cap. ex publico vbi gl., & Abb. num.* 11.

28 Amplia secundo principalem regulam, quod sicuti mandatarius non fideliter exercens suum mandatum tenetur de dolo, vt in Patre notat *Bald. in l. cùm oportet §. fin. per illum text. C. de*

Episc. & cleric. gl. in §. non autem eiusd. leg., ibi Corn. num.3. Soccin. cons.34. num. 15., & seq. lib.1. Alex. in l. nuper ff. ad Trebell. Neguſ. de Pign. 4. membro 2. parte num.13. & 16., de alijs habetur text. in l. dolus C. mandati, D. Staib. ſan. conſ.260. num. 9., & negligens ſuſceptum mandatum, amicitiam, & fidem violare dicitur Mantica de tacit. d. lib.7. tit.1. num. 12., & eſt in mala fide Surd. conſ. 530. num.30.

Sic etiàm coniux, vt non tantum teneatur ex debito iuſtitiæ requiſitus reddere debitum: verum etiam peccat mortalitèr, ſi requiſitus expreſsè, vel tacitè deneget, & ità communitèr concludunt Doct. vt obſeruat Syluester in summa in verbo debitum coniugale num. 1. adnotarunt omnes ſuper 4. ſentent. diſtinct.32. ac monet Nauar. d. cap.16. n.26.

29 Eſt benè verum, quod Sanchez dicto lib. 9. diſput.2. ſub num. 5. admittit explicationem iſtam regularitèr, eo quod multi ſunt caſus, in quibus coniux tametſi tacitè, vel expreſſim petat, non tamen ità exactè petit, vt velit præciſe obligare coniugem alterum ad læthalem culpam, quos proſequitur d. diſput. 2. num.10. cùm ſeq., illis addi poteſt caſus alius, quando ſcilicèt præcibus, aut ſuaſionibus coniux requiſitus coniugẽ petentem auerteret, vt adnotauit Syluest. d. verbo debitum num. 10. in octauo quæſito, qui tamèn ſubdit, auerſionem iſtam non debere fieri cùm multa inſtantia, proptèr non nulla pericula, quæ exindè reſultare poſſent, eo quod eſſet contra iuſtitiam non reddere debitum petenti.

30 Exempla periculorum ex iſta auerſione cumulat Vinald. d. candelabro tit. de debito coniugali num.554., & eorum primum, quando coniux eſt ità calidus, quod ſi non illico, quod coitum, vel copulam deſiderat, & concedatur, fœdiſſimas procurat voluntarias pollutiones, dixi procurat voluntarias pollutiones, nàm ſecus videtur ſentire Sanchez dicta diſput. 2. ſub num.11., quando eueniret pollutio inuoluntaria in ſomnis, ac etiàm in vigilia abſque conſenſu, quicquid contrarium in hoc ſimpliciter authumat Viuald. loco cit. Sic dicas in mandatario Seraph. deciſ. 1134. num.13.

Secundum eſt exemplum coniugis, qui abſtinendo ſe a libidine premitur magno dolore, ac etiam infirmatur. Regularitèr autem non tenetur coniux ipſe petere præcisè, niſi in caſu euitandæ fornicationis in ſocio, eo, quod non tenetur quis inuitus vti iure ſuo, ſecundum Richard. quem in id expendit Syluest. loco cit.

31 Amplies tertio, quod ſicuti mandatarius legalis debet eſſe diligens præſens vt vacet negotijs ſui mandatoris, & ab illis ſe non abſentare l. dolus C. mãdati, ſic vt nequè poſſit coniux dici abeſſe ſine alterius coniugis conſenſu, aut ſine aliqua neceſſitate cap. 1. de coniug. lepr. ibi, cum vir, & vxor vna caro ſint, non debet alter ſine altero diutiùs eſſe, quando autem intelligatur iſta diuturna mora, alij dixerunt quatenus Iudex ab altero coniuge requiratur, intelligendam, & in hoc reſident in d. cap. Hoſt. num.2. Anch. num.5. Ioan. Andr. num. 6. alij id totum remittunt Iudicis prudentiæ, qui conſideratis abſentiæ cauſis, & inconuenientiæ, periculis, arbitrari valebit, quando dicatur diuturna abſentia, quando verò momentanea, eo, quod in eo textu nullum tempus explicatur, & hoc voluerunt gl. in d. cap.1. in verbo diùtius, & Abb. ibidem num.7. cùm quibus videtur concordare Menoch. de arbitr. Iud. q. lib.2. cent.5. caſu 456. num. 1., eſt etiam aduertendum in caſu, quo coniux requiſitus vollet reddere ad cohabitandum, quod poterit illum Iudex eccleſiaſticus, nè dùm cenſuris, verùm etiàm inuocato auxilio Bracchij ſecularis cogere ad cohabitãdum ad text. in cap. literas circa finem de reſtit. ſpoliat, ibi, ad reſtitutionem plenariam debet eccleſiaſtica cenſura compelli, & ità Abb. in d. cap. num.29. Dec. in l. 2. num.74. verſ.3. fallit ff. de reg. iur. Couar. de Matr. 2. parte cap.7. in princ. num. 1. Henriquez conſim. tract. cap.16. num.3.

32 Amplies quarto, quod ſicuti mandatarius legalis non debet remedijs illicitis exercere ſuum mandatum l. ſi procuratorem §. dolo, ff. mandati l.1. C. de Sicar. prout de procuratoribus notat Nonar. in

collect.

collect. prag. 1. *collect.* 2. *tit. de procurat. num.* 2. *&* 3. & de aduocatis scribit *Alberic. de Rosat. in l. unica C. de suffr. col. pan.* duodecim pericula, à quibus debent ipsi abstinere; sic etiam, vt neque possit coniux medijs illicitis, aut immoderata vitæ asperitate, vel aut notabili Ieiunio reddere se impotentem ad reddendum debitum, in quo in eo casu peccare eum mortalitèr, tradiderunt Doctores relati per *Sanchez de matrim. lib.* 9. *disput.* 3. *num.* 2. 3. *&* 4. *intèr quos Iacobus de Graffijs parte* 1. *decis. lib.* 2. *cap.* 83. *num.* 2. *adde Bonac. tit. de ys, quæ attinent ad vsum matrimonij quæst.* 4. *puncto primo num.* 3. *in princ. in tomo* 1. *folio meo* 353.

33 Amplia quinto, quod sicuti mandatarius legalis, & quilibet potest mandatum exercere, & si suus principalis sit excommunicatus, quia tenetur respondere *cap. intelleximus extra de Iudicijs Host. in summa tit. de procurat. num.* 5. *Borrell. in sum. decis. parte* 1. *tit.* 66. *nu.* 17. maximè in causa excommunicationis tradit *Bald. in cap. ex parte extra de rescript.*, sic etiam, vt neque excusetur si altèr ex coniugibus esset excommunicatus, ad *text. in cap. quoniam multos* 11. *q.* 3. *ibi, deuicti misericordia ab anathematis vinculo hos subtraximus*, videlicet vxores *&c.* per quem *text.* sic tenent omnes, quos excipere cupidus lector valebit ex eodem *Sanchez d. tract. lib.* 9. *cap.* 14. *sub num.* 4. fallit hoc tamen in aliquibus casibus, quos cumulat idē *Sanchez ibidem nu.* 9. *cum seq.* intèr quos Primus est, quando excommunicatio esset lata in causa matrimonij, de cuius valore penderet lis, interdictumque esset coniugibus vti matrimonio causa vitandi periculum fornicationis. Secūdus est casus, quando coniux vellet esse particeps criminis, proptèr quod fuit lata excommunicatio in alterum coniugem, quæ omnia poteris symbolizari in mādatario, arguēdo à maiori ad minus.

34 Amplia sexto, vt quemadmodum mandatarius legalis teneatur suum mādatum exercere, adhùc si sciat impotentiam sui principalis ex aliquo vinculo peruenienti, puta quando suo principali esset interdicta administratio tanquàm prodico, vel auaro, de prodico adest *text. in l.* 2. *ff. de reg. iur.* & de auaro notat *Bald. in l. fin. num.* 16. *C. de sent. pass. D. Reg. de Ponte in tract. de potest. Proreg. tit.* 10. §. 1. *num.* 10. *cum seq.* vbi elegantèr notat, posse auaro dari curatorem *tit. de diuers. prouis. fieri solit.*, sed probabilior est sententia, vt auaro non detur curator, vt probat *D. Ant. Galis. de act. renoc. cap.* 6. *à num.* 4. *& seq.* cùm sufficiat pro curatore ipsamet natura tanquàm auaro existens in necessarijs, & si non secundum decentiam, saltim secundum vrgentiam. Ità etiam in coniuge, qui scit alterum abstrictum voto castitatis, quinimmo, quod magis, dato adhùc, quod ipse coniux voto cōsenserit; Adeo insuper, dato etiàm adhùc, quod si vterque habeat votum castitatis: si tamen vterque non intenderit renunciare iuri petendi, aut reddendi debitum, vt patet ex traditis per *Bonac. lib.* 1. *tit. de ijs, quæ pertinent ad vsum matr. quæst.* 4. *puncto* 6. *in fine, ac libro* 2. *de voto castitatis super* 2. *præcepto decalogi.* Hoc autem quomodo intelligatur dicemus infrà hoc *eod. cap. lim.* 8. vbi agemus de materia voti in matrimonio.

35 Limites modo Primo, vt quemadmodum Procurator legalis, vel quilibet non tenetur reddere administrationem quando legitimè impeditus, puta ex aliquo morbo, & legitimo impedimento, vt *notat gl. in d. §. procurator vers. vnicuique instit de his, per quos agere possumus.* sic etiam in Coniuge in casu legitimi impedimenti, puta tempore menstrui fœminei, id ratione damni cōtingentis proli, siuè iàm conceptæ, siuè etiàm concipiendæ ex ratione, quam congerit *Albericus in l. quæ bis ff. de edi. lit. adict. & ante ipsum gl. in cap. fin. dist.* 5. *in verbo ablectantur, ibique etiàm Archidiaconus in fine*, quia scilicèt proles varijs morbis effecta concipi tùnc solet, quod etiàm per priùs sentijsse videtur *Diuus Augustinus lib.* 3. *de peccatorum meritis cap.* 12. *in tomo* 7. *& lib.* 3. *quæst. in leuit. cap.* 64. *in* 4. *tomo* inquiens, qua in re non natura dantur, sed concipiendæ prolis noxium prohibetur, iuxtà quę *leuit. cap.* 20., pœna mortis comminebatur coniugibus eo tempore coeuntibus,

& legitur *Ezech.cap.18.qui ad menstruatam non accesserit, & vxorem proximi sui non violauerit*, quasi quod idem Iudicium sit de coniuge accedente ad menstruatam, quam de adultero, qui vxorem proximi sui cognouit.

36 Vnde *in d.cap.finali dist.5. deprompto à Diuo Gregorio in responso ad Aug.* inquit, *& in consuetis menstruis detinentur viris suis vxores miscere prohibentur*, intelligendo hoc tamèn cùm distinctione, nàm, aut agitur de menstruo naturali, quod solet mulieribus accidere singulis quibusque mensibus secundùm communem, & regulatam obseruantiam, in aliquibus etiam frequentiùs, sicuti è contrà aliquibus etiam tertio quoque mense, quamuis, vt tradit *Plinius lib.7. tract.hist.cap.15.* quibusdam etiam nunquam, & in istis procedunt termini limitationis per nos propositæ, aut verò agitur de fluxu menstrui feminei prætèr naturam, quod scilicèt mulieri contingere potest prætèr naturam fæmineam, alicuius morbi ratione, & cuius aliquãdo moriuntur mulieres lætalitate, quia affirmari potest ne dùm in eo damnum aduenire proli, verũ quod redditur magis inhabilis mulier ad concipiendum, raròque, vt testis est *Arist. lib. 1. de gener.animal. cap.1.* concludunt cõmunitèr omnes, non excusari mulierem à redditione debiti, sequuti *Diuum Thomam super 4. sent. dist. 32. q. vnica art.2. quæstiuncula 7. in corpore*, quod & mihi probare videtur *text. in d. cap. dist.5.* & in consuetis menstruis, quasi quod de eis, qui non consuetim, sed prætèr naturam mulieri non sit idem statuendum.

37 Aduertunt propterea aliqui, quod etiã notabile putãt: videlicèt ex coniunctione viri cùm muliere menstruata cõcipi quandoq; filios epilepticos, leprosos, aliosque morbosos, quinimò etiam Demoniacos, & fatuos, post ipsos recessitos, tradit *Tiraq. de legib. connub. l.5. n. 120.* concipi etiam mostra quemadmodùm intèr internas causas, ex quibus mostra producũtur, cõnumerat coniunctionem illam tempore menstrui ex nostratibus *Caranza de partu legit. & nat. cap.17. de mostruosis, & prodigiosis partibus n.91 pag.653.* qui in toto eo *cap.* obseruat mostra, dum etiam in inanimatis rebus non tantum in animatis, recensetque plurima mostruosa genera, & docet causas, ex quibus mostra tàm ratione externarum causarum, quàm internarum procreantur, & quod magis assumit axioma ex *Paulo in l. non sunt liberi ff. de stat.homin.* quo loci censuit ipse, non esse liberos, qui contrà formam humani generis, conuerso more, procreantur, idque declarando subdit, euenire; videlicèt si Mulier mostruosum aliquod, aut prodigiosum enixa fuerit.

38 Cæterùm in hoc non rectè assumpserunt iudicium supracitati *Doct.* & proptereà ad indagandam veritatem erit sciendum, quod regularitèr sanguis mẽstruus Mulieris etiam de illo primo genere, de quo supra egimus, tales nullatenùs parere potest effectus, nèc itèm talia causat prodigia, qui crebra purgatione substrahatur in muliere, ideò fit, nõ quia vitiosi humoris iudicium sit, indigestum, & crudum, quod degeritur, & quasi infirmum affluit, nec habet sedem; sed natura quasi noxiũ pellatur: verùm quia abundantia sanguinis est, cuius na-

39 tura feruor est, qui ne ratione sui caloris vret vitiosum expellit, quod patet ab affectu, quia idçò aliquando cùm purgatio fit, mulierem algere contingit, ex quo in ea parte, quæ expellitur, minuitur calor in corpore reparabilis, per nouam sanguinis reparationem ex alio indiuiduo, non verò ex quo sanguis ille; vt aliqui putant, frigidus sit, quemadmodum, si hoc esset, non algeret, sed calesceret mulier, expulso contrario, &

40 proindè non bene existimarunt etiam aliqui, Mulierem frigidioris esse naturæ: quàm Vir, quando totum oppositum omninò credendum existimo: nàm humor naturalis in corpore, quando ætas transit pueritiam fit durior, cõuertitur in pilos, quod ità in pueris non experimur, nec in Muliere, quia in illis corporibus, hunc humorem calore expellente, fit inopia pilorum, & ideò talibus in corporibus manet continuus splendor, & lænitas. Insupèr fæminæ ideò celeriùs quàm pueri fiunt prolixiores ad generandum, quia calent ampliùs, si credendum est, semper generationis causam

fuisse

fuisse calorem, ergo quanto celerior, tãto calidior mulier, & hæc est vera ratio soluendi legale quæsitum, cur mulier citiùs, quàm puer pubescat: nàm in ea at-
41 tenditur annus duodecimus, in illo verò quartodecimus, nõ ea, quæ à pragmaticis, & sine ratione assignari solet, quia mulier cito crescit, & cito senescit, cur hoc? quia maioris caloris est subita vegetatio, vt experientia de sui natura patet in plantis, quarum aliquæ positæ in loco calido citiùs vegitant, quàm cæteræ infixæ loco frigido, & opaco, non minùs in plantis nimij caloris naturæ vegetationem agnoscimus in loco opa-
42 co, quàm in solari, ratione adæquationis in symbolo; videmus etiam Mulierē quando nimium frigus est mediocri veste contentā, nèc ità operimentis plurimis inuolutam, vt Viri solent, magis calore grauesceret, quod nõ faĉtũ, ex quo frigus toleratur à simili, quemadmodũ ex tali nimio superaddito frigore, necessè esset calorem debilitari, & cedere: sed ad recipiendum dumtaxàt quod tẽperantiùs fiet in corpore spirante ad armoniacè viuendum, quæ temperantia non ab vno contrario, sed ab vtroque fit.
43 Et consequentèr falsa est opinio tenentium, quòd calor pilos generat: vnde & Eunuchis desunt, quia frigidissimæ naturę, ex quo pili tanquàm excrementum inutile frigidissimi sunt, pelluntur: bene verum in cutim vi caloris, non verò generantur: vnde calor ille expellẽs non est quo maior sit Viri, quàm Mulie-
44 ris, ex quo maior effectus est caloris resoluentis prout Mulieris, qui resoluit pilos, quàm expellentis: nempè Viri, qui expellit tantum, non vero pilos resol-
45 uit. Aurum enim ab omni rubigine, & scoria videtur absolutum, non sic cætera metalla, cur hoc, quia aurum calidum est, cætera verò metalla frigida: vndè Eunuchi non dicuntur frigidi, quia non generant nec filios, nec pilos, sed quia sunt de genere frigidioris naturæ, prout sunt homines, & sic comparatiuè ad homines dicuntur frigidiores, non ad mulieres, cùm si Mulier vincat hominem non eunucum in calore, fortiùs vincet hominem eunucum, & si eunuchi non generant pilos, est ex contrario sensu quia adeò sunt frigidi, vt nequaquam virtutem habeant expellendi pilos, non quod resoluendi, prout expulsio fit in homine ex calore remisso, resolutio in pueris, & mulieribus ex calore fortiori, & oppressio in eunuco ex nimia frigiditate.

46 Patet quod sanguis menstruus non sit noxius, sed superfluus in muliere, quia si noxius semper tanquàm noxius expelleretur, nunquàm enim inter se contraria compatiuntur, sed tempore mulieris fædæ non expellitur talis sanguis, in quo etiam tanquàm noxius expelli deberet, nè mulierem, & fœtum inficiaretur, ergo quando expellitur tāquàm superfluus, & non tanquàm noxius euacuatur, hæc superfluitas non alterat, nec corrumpit, nec totam, nec partem sanguinis massæ, adinstàr musti positi in dolio, quod etsi ebulliat, & ebulliendo partem sui ipsius repellat, non tamen expulsum noxium est.

Et si talis sanguis sinistros pariat effectus, vt de eis aliqui prædicant, non est, quia sic sua maligna producit natura, sed eo magis, quia sic sua quantitas exposcit effectum: nàm si menstruata mulier videns maculat speculum, non ex medio eius visus maculatio eiusdem succedit, sed benè medio calidioris alitus, non magis si quilibet insufflat apero ore, quàm stricto musso agitatus calor ex expulsione illa flatum magis calidũ, & humidum causat eiusdem naturæ sãguinis affluentis calidi, & humidi à natura expellente agitati, quo vetrum macularì possit. Videat mulier speculum mestruata tàm à longe, vt flatum ad il-
47 lud peruenire non possit, & dignoscat si maculet vetrum, ergo alitus, & non oculi effectus est, vt maculetur speculũ, & eo potentior, quo calidior, & humidior alitus, & si stillans in viridi arbore, illam exiccat, nõ est, quod prauus est humor, sed ratione ingentis sui caloris, qui anthipaticè destruit arboris vegetatiuum humorem, inficiendo partem post partem: non minùs quàm hominis sputus in angue, qui sputus de per se nõ est noxius, sed antipaticè contrarium operatur effectum in angue, quàm in proprio homine.

Et

Et si ex muliere concepta tempore menstrui, vel filius leprosus, vel postmo-
48 dum Demoniacus efficitur, hoc relatū est fabula: cùm hoc contingere regulariter soleat etiam fœtibus conceptis extra hanc expulsionem, vt patet ex illo morbillo, quo communitèr laborantur infantes, qui causatur similitèr ex superabundantia fœminei sanguinis, non autem quia noxius, quia si noxius nulla tenus posset latere in corpore infantis,
49 & latitans non inficiat, & necet, sic etiā in lepra, quæ cùm sit naturæ maximæ siccitatis, & caliditatis poterat semper euenire, accedente aliqua intemperie in corpore, circumscripto prorsùs sanguine materno, prout euenire possent, & solent cæteri morbi, sic etiam dicendum in lunaticis, vel epilepticis quos dæmoniacos vocat *D. Augustinus*, ex quo demonum natura est vexare, quos adustos, & malencolicos agnoscit, & quod dicunt etiam ex eo monstra gene-
50 rari, hæc est mera fabella, si credamus *Diuo Augustino de Ciuitate Dei lib. 17. tomo 5. cap. 8. in vers. quapropter*, vbi post enarratas historias in singulis quibusdā gentibus mostra fuisse hominum, sic in vniuerso genere humano quædam monstra sunt gentium, & posteà concludit istis verbis: *Quapropter, vt istam quæstionem pedetentim, cautèque concludam mirè quidem de mostris omnibus definiam, sunt illa, quæ talia, de quibus gentibus scripta sunt, omninò sunt nulla, aut si sunt homines non sunt, aut ex Adam sunt si homines sunt.* Hæc August.

51 Fuit in prohibitione in lege antiqua non ratione noxij, sed ratione feruescentiæ, & impuritatis, cùm horrescat natura agnoscens cruorem sanguinis emissi, ceù dissipati thesauri, & extra fetaginem dicitur impurus non noxius, & proindè purgatione, non medicamento indiget, ob quam purgationem inuentus fuit ritus ille ceremonialis, licèt sub pœna, quę subsequebatur ad eius obseruationem, non verò ad naturam delicti, ex quo de per se non erat delictum, prout hodie cessat, accedente lege euangelica, tanquam quod antiquitus ceremoniale, vt fatentur omnes *Doct.* desuper citati.

52 Limita secundo, quod sicuti mandatarius, siuè legitimus administrator onustus legis suspictione, nempè si bona dissipet, transeat ad secunda vota, & aliàs à iure suspectus; *vt cap. 3. q. 7. P. Pauonius in tract. de Ethicis, et Politicis actionibus tit. de Iudicio cap. 6. defin. 333.* quem citat *Golin. de procurat. cap. 5. in fine*, non possit reddere eiusmodi mandati exercitiū. Sic etiam, secundum aliquos, Coniux nō tenetur reddere debitum quando est grauida, & tempore ablactationis infantis, in liberisque id ex naturali ratione de mente aliorum per ipsum relatorum tradit *Tiraq. d. l. 15. à num. 139. vsque ad nu. 144.* inhibetur etiam de mente Doctorum, tàm Theologorum, quàm Canonistarum cùm distinctione tamen, an scilicèt verisimile abortus periculum immineat, an verò non immineat, & hoc ad finem distinguendi, si culpa lætalis intercedere videatur, an verò venialis, & si ambo Coniuges peccent, an verò eorum altèr tantùm, & an nullam labem incidant tàm in petendo, quàm in reddendo, quorum resolutio excipi poterit intèr recentiores, ex *Sanchez de matrim. lib. 9. disput. 22 per totam*, qui ibi declarat etiam casum petitionis post partum, ante tamen purificationem. Item ex *Filiuce. tract. 10. cap. 9. n. 137. & P. Ledesma q. 64. art. 1. dub. 41. & ex Bonacina tom. 1. tit. de ijs, quæ pertinent ad vsum matr. q. 4. puncto 1. num. 10.*

53 Adnotandū circa hoc vnum non pigebit, illudq; est intèr omnia animalia, excepta tantum sola equa, solam mulierem, siuè de recenti conceperit, siuè multo tempore postquàm conceperit, appetere coitum. Vide *Arist. lib. 4. de generat. animal.* post eū *Petr. Greg. Tholos. Syntag. iur. ciuil. vniuers. lib. 9. cap. 26. n. 25.* reprobato *Caranza in tract. de partu legitimo, et natur. cap. 19. de superfet. num. 22.* tanquàm insulsè alloquto, & mulieres
54 intèr se ipsas miscentes qua pœna puniatur, vide *Clar. in § fornicatio uers. intèr*
55 *mulieres. Boer. decis. 316. circa finem*, sequitur *Peguera decis. Cath. 72. num. 4.*

56 Limita tertio, quod sicuti tempore furoris, & ebrietatis legitimus administrator non reddit exercitium sui legalis mandati, vt per *d. gl. in §. Procurator vers. cuicumque instit. de his, per quos agere*

re

re pessimus, quod intellige etiam si principalis sit furiosus, ebrius, vel demens, quia tùnc, ex quo in eo deficit consensus in eo tempore, non potest procurator actum facere pro furioso ex mandato suscepto tempore salutis, quia licèt valide contrahat mandatarius, inualidè vero suscipit mandator, ex quo licet furor non reuocet ea, quæ sunt perfecta vigore mandati, impedit tamen perficienda *l. qui seruum, & l. si quis alicui, in quibus Bart. ff. de acq. hæred. Alex. cons.* 24. *num.* 8. *lib.* 8. sequitur *Mantica de tacit. lib.* 7. *tit.* 22. *sub num.* 94. *in fine, adde Azor. instit. moral. lib.* 1. *cap.* 6. *in princ. col. in princ.*

Hic vltimus punctus non sic de facili est resoluibilis: cùm aduersus intèr se videantur iura pugnare.

57 Primo, quemadmodum fieri potest per mandatorem furiosum, fieri etiam potest per mandatarium sanæ mentis, arguendo à maiori ad minus, sed furiosus tanquàm in iure prodigo æquiparatus *l. is cui bonis ff. de verb. l. furiosi ff. de reg. iur.*, atqui prodigus rectè stipulari potest, sibique commodum stipulationis acquirere *d. l. is cui bonis*, ergo & fortius poterit consequentèr eo magis eius Procurator.

58 Secundo: nàm furiosus, & pupillus sunt symboli *l. furiosus* §. *planè ff. quib. ex caus. in possess. eatur*, ibi, *nàm omnis status eius, & habitus à pupilli conditione non multum abhorret, & pupillus stipulari potest* §. *Pupillus instit. de inutilib. stipulat.* ergo ratione symboli idem statuendum est in furioso, quia *text. in* §. *furiosus instit. eod tit. de inutilib. stipulat.* ideo furiosum expellit à facultate contrahendi, quoniam quod agit non intelligit, item quia eius nulla voluntas consensusuè est, *vt in d. l. furiosi*, verum & Pupillus eundem patitur defectum, quia integrum animi consilium non habet §. *præterea instit. quib. non est permissum facere testamentum, & text. in l. cùm Prætor ff. de Iudic.*, ergo quemadmodum Pupillus adhùc etiam ad stipulationem admictitur, sic etiàm furiosus, & eo magis eius Procurator.

59 Tertio vrget aliud argumentum: nàm ad adeundam hæreditatem, & eius commodum acquirendum scientia, & voluntas omnino exiguntur *l. si Auia C. de iure delib.* §. *fin. instit. de hæred. qualit. & differ.* furiosus hæreditatem rectè acquirere potest §. *sui vers. licet furiosi sint, text. in l. fin.* §. 1. *C. de curat. fur.* ergo eo magis & eius Procurator.

60 Quarto, & vltimo probatur: nam & si fideiussor pro aliquo interuenire possit, cum saltim naturaliter obligari posse, & naturali obligatione astringi necessarium est *l.* 1. §. *fideiussor accipi ff. de fideiuss.* §. *in omnibus instit. de fideiuss.* sed pro furioso rectè potest fideiussor interuenire *l. Marcellus ff. de fideiuss.* ergo eo magis mandatarius.

61 Cæterum contrarium de iure esse arbitror, quia generaliùs furiosus nullum negotium explere potest, iudicium non habet, & nulla est eius voluntas, & consensus, qui in omni negotio est lapis angularis, & conditio, sine qua non, *l.* 1. §. *adeo ff. de pact. l. continuus* §. 1. *ff. de verb. oblig.*, quo quidem iudicio, & consensu ipse destitutus omnino est & omnia mentis cecitate laborat, adeo quod sit symbolus etiàm si corpore laxatus fuerit: cùm penitus, deficiente corpore, deficiat intellectus, secundum *Arist. in princ. de anima in l. non solum vbi Bald. in princ. in secunda col. in fine ff. de bon. qualib.*, vndè qui in extremis laborat nèc omnimodo viuit *text. in l. qui duos ff. de manum. testam.* adnotauit elegantèr *D. Augustinus lib.* 13. *de Ciuitate Dei in cap.* 14. *lib.* 5. mouens quæstionem sub hoc temate, vtrum tempus mortis, quo vitæ sensus aufertur, in viuentibus, vel in mortuis esse dicatur symbolum, resoluit, quod imminente morte, iàm extrema, & mortifera afflictione instante, idem ipse agitur sui nihil, & moriens est & viuens, sed morti accedens, vita decedens, *adeo quod non dicatur*, subdit, in alio loco, *mortuus, nec quod moritur, sed quod patitur mori*, & notat Psalmista *non est in morte qui memor sit tui psalm.* 6.

62 Et ad contraria respondetur. Primo quoniam & si furiosus symbolus sit prodigo, symbolaque vtriusque conditio habeatur, vt *in d. l. is cui bonis*: intelligitur illud tamen quantum ad nexum

xum obligationis, non tamèn quantum ad acquirendi facultatem, furiosus, demens, mentecaptus, & fatuus, de quibus apud *Suarez. plenè alleg.* 1. nullum negotium contrahere possunt, etiàm si quid stipulari volent *l. 1. & l. obseruare cum seq. ff. de curat. furios. l. 1. §. fin. cum seq. ff. de postulando d. l. negotijs* cùm similibus, quid enim stipulctur ei, qui sui Iudicij nihil habet *d. l. Furiosus §. adeo ff. quib. ex caus. in possess. eat.* prodigus autem, qui non vsque adhuc ciuilitatis sensum euacuit, & frænum magis acceperit, quàm sessorem excusserit, conditionem suam in stipulando meliorem facere non prohibetur *d. l. is cui bonis*: nè scilicèt quæ in ipsius fauorem, & conseruandi patrimonij facta est interdictio, in eius odiū retorqueatur contrà *d. l. quod fauore C. de leg.*, etenim in materia quæstus veriùs est, prodicum symbolum esse pupillo, quàm furioso *l. cum conditio §. quoniam in fine ff. si cert. pet.*, & per hæc media consuluit *D. Rouit.*, posse cōtra furiosum liquidari instrumentū supèr *prag. 4. cùm nuper uers. his curiosa sub n. 17. ad 42. tit. de instrum. liquid.* vide *D. de Luca obs. 672. ad Frāch.*

Et ad secundùm respondetur, nō obstare *tex d. l. Furiosus, §. planè*, quo probatur, furiosum pupillo comparari; quoniā, vt id verum admitti valeat, quando agitur de ipsis obligandis, ex eo, quia nullus ipsorum potest obligari, nèc conditionem suam deteriorem facere: altèr enim alia est causa furiosi, alia pupilli *l. in negotijs ff. de reg. iur.*, quare in his, per quæ eorum conditio potest melior fieri, furiosus infanti est symbolus *l. 1. §. 1. ff. de acq. possess.*, vel respondet Iurisconsultus, neutrum posse apprehendere possessionem, quia scilicèt animum, & affectionem non habent ad illam adipiscendam, quare *text. in §. pupillus eod. tit. de inut. stipulat. instit.* statuit, pupillum nullum negotium gerere posse, quia non intelligit, quod agit: cùm dicat; nàm infans, & qui infantiæ proximus est non multum à furioso distat: ideo neuter validatur ad stipulationē *l. mulier in fine ff. de verb. oblig.*, quia huiusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum, quod & de furioso probatur *in d. §. furiosus*, ibi *furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit*, & loquela, quæ deficit infanti necessaria ad stipulandum *l. 1. ff. de verb. oblig.* est etiàm manca furioso, vt in *l. sancimus ff. ad Trebell. l. pupillus si fam. ff. de acq. hared.*, ibi *neque enim scire, neque decernere huiusmodi ætas potest, non magis quàm furiosus*: Vndè inductio *text. in d. §. præterea instit. quib. mod. non est permiss. facere testam.* obstat in confectione testamenti, non in stipulatione, in quo quale, quale sit Iudicium sufficit ad illam firmandam in meliorem suam conditionem, vt in *d. §. pupillus*: furiosus verò in hoc toto est dissimilis pupillo, quia nullum is omnino animi iudicium habet, vt possit saltim suam meliorem conditionem facere, quia quicquid agit non solum non intelligit, sed prorsùs ignorat, cui non potest, nèc per procuratorem acquiri, non obstante quouis valido mandato.

63 Non obstat tertium argumentum desumptum, & *d. §. sui instit. de hæred. qua ab intest.* ibi, *licet furiosi sint*, quoniam *text.* ille loquitur in furioso suo hærede, qui ipso iure legis authoritate hæres fit, secùs in extraneo; quoniam tùnc agnoscere non potest hæreditatem *l. Antistius §. fin. alias l. furiosus ff. de acq. hared.*, & hoc est vnum discrimen intèr aditionem, & immixtionem, immixtio in suo, aditio in extraneo, vt fusius diximus *in tract. de hæred. act. lib. 2. quæst. 11.*, cui adstipulatur aliud symbolum, si quando à suo repudiatur hæreditas; nàm non obstante repudiatione, siuè abstentione prædicta, poterit melius deliberans illam adipisci; secùs in extraneo, & quare, videas elegantèr apud *Ant. Fabr. de error. pragm. decade 3. err. 6.*

64 Non obstat quartum argumentum desumptum *ex textu in d. l. Marcellus*, cuius dispositio ex diametro pugnare videtur cùm dicta *l. cui bonis, ff. de verb. oblig.* vbi *Vlpianus* scripsit, pro eis, cui bonis interdictum est fideiussorem interuenire non potest, sicut neque pro furioso. Idem rursum *Vlpianus ex Marcelli* sententia docet *in d. l. Marcellus*, quod si

quis

quis pro pupillo sine Tutoris authoritate obligato, prodigo, vel furioso fideiusserit, ei non subuenitur: nàm conciliatur iurium antynomia, vt *Marcellus*, ibi, intelligatur de pupillo, prodigo, & furioso efficacitèr obligatis, quo casu fideiussor pro illis intercedens teneri potest, & conueniri ex illo verbo, *obligato*, in textu posito, quod repetendum est in prodigo, & furioso, & est quando, re ipsa, ipsouè iure obligetur, vt quoties eorum negotium vtilitèr gestum est, vt in specie probatur *in l. ait Prator. §. & si furiosi ff. de negot. gest.* ibi, *& si furiosi negotia gesserim, competit mihi aduersus eum negotiorum gestorum actio*, vbi *Paulus de Castro*, ait, *furorem non posse efficere, vt furiosus locupletetur cùm aliena iactura*, nequè obstat non posse fideiussores pro istis interuenire: cùm mandare nequeat, vt pro eis fideiubeant, quia quoad fideiussionem non repugnant absentia, & ignorantia, quia mandatum non requiritur *l. fideiubere l. si à reo, §. si à furioso ff. de fideiuss.* quo casu mandati actio haud competere potest, *l. ex mandato, §. fideiussori ff. de fideiussor.* sed actio negotiorum gestorum dumtaxàt, si vtilis fuit fideiussio, & negotij gestio *d. l. ait prætor §. fin. iuncta, l. seq. ff. eod.* & sic illud verbum positum in *textu*, ibi, *magis est, vt ei non subueniatur*, non ponitur penitus exclusiuè, nempè, *vt non penitus subueniatur omni auxilio*, sed illud *tantùm* fideiussori denegandum, quod ex natura fideiussionis regularitèr euenire poterit: nempè subuentio restitutionis in integrum, cùm ei non competat mandati actio; nã qui sciens, & prudens se pro minore obligauit, si id consulto fecit: licèt minori succurratur, ei verò nõ subuenitur, illi autem subueniretur, si mãdati actionem haberet, quã à pupillo, prodigo, furiosouè id, quod soluerit, repeteret, non verò mãdati, sed negotiorum gestorum actione, quatenùs vtilitèr gesserit: aliàs secùs, vt *in d. §. & furiosi, vbi gl. notab. ff. de neg. gest.*

65 Sic etiam, & redeamus ad symbolum institutæ quæstionis, siuè limitationis in eo tempore furoris, & ebrietatis non tenetur Coniux sanus alteri amenti, furioso, vel ebrio reddere, nèc videtur iniuriam facere in hoc, est benè verùm, quòd per accidens tenetur, vt quia forsitan alioquin modo illicito esset ebriosus libidinem expleturus, vt probat post alios *Sanchez de matr. d. lib. 9. disput. 23. n. 11.* post eum *Bonac.* qui alios etiam adducit *loco cit. n. 10.* ità vbi distinguere etiã videtur intèr virum, & vxorem, quorum alter tantùm sit mentis compos, vt scilicèt vir compos mentis non teneatur vxori amenti, & reddendo peccet, quia potest adesse periculum abortus si conceperit, è contrà verò, quando vxor erit sanæ mentis, & vir amens, quoniam tùc poterit vxor viro amenti reddere, ex quo in tali casu periculum prolis præcaueri potest, in casu vero, quo vterque Coniux sit mentis compos separandi erunt; donèc ad mentem redeant *Barth. Ledesma de matr. dissin. 49. circa finem, Sanchez d. disput. 23. num. 5.*

66 Limita quarto, quod sicuti quilibet Procurator non debet patrocinari in eius damnum, & detrimentum *gl. in l. ne autem, vers. pedaneis auth. de Iudic. Menoch. de arbitr. Iudic. l. b. 2. cẽt. 6. casu 512. n. 12. Cacher. decis. Pedem. 46. n. 7. & 8.* sic etiam redditio debiti non debet fieri in detrimentum propriæ salutis, exemplum afferunt Doctores, quando Coniux esset infectus lepra, vel alio contagioso morbo, vt puta morbo gallico, aut simili, tamèn iudicio Medicorũ grauis infectionis periculum immineret *D. Thomas in 4. sent. dist. 32. quæstiuncula vnica art. 1. in corpore*, quem communitèr sequuntur omnes, vt obseruari lubet apud *Sanch. d. lib. 9. disput. 24. nu. 2. adde Bonac. cum alijs ab eo congestis loco cit. num. 8.*

67 Sublimites tamen limitationem istã, primo, remoto periculo infirmitatis, dato adhùc, quod affuerit periculum infectionis in prole nascitura, secundùm *Rosell. q. 16. n. 4. Sanchez loco cit. n. 25. Filiucius tract. 10. cap. 9. nu. 241. & Bonac. loco cit. n. 9.* quod extende etiam in mandatario; qui sublato periculo sui damni, tenetur mandatum sui principalis exercere.

68 Sublimites secundo, quando antè cõtractum matrimonium sciret Coniux sanus alterum coniugem tali morbo laborantem, ex quo per contractum matri-

trimonij post sententiam ad redditionē in tali casu se obligauit, & ità *Sanchez, & Bonacina in locis desuper citatis*, quam etiam sublimitationem adnotes in mandatario, qui ante susceptum mandatum cognouit periculum sui damni, non obstante dicta emergentia damni, quàm per priùs cognouerat, quasi sciens, & prudens sic acceptauerat, vt suprà diximus.

69 Limita quinto, vt quemadmodū non teneatur mandatarius reddere suum mandati exercitium quando immineret damnum rei familiaris, vtputa si adesset suspitio, vt exercendo tale mandatum immineret periculum in suis bonis, *l. sed, & si quis ff. quemadm. testam. aper. l. si seruus communis vnica, §. quod verò, ff. de furt. Menoch. in cons. 228. n. 15. & 25.* quià æquitati consentaneum non est, vt Tutores, & Curatores, alijq; legale mādatum habentes grauentur hoc onere, cuius causa negotia propria quodammodo prætermittere, vel minùs diligē-
70 tèr curare coguntur, & hæc est vna causa, vt constitui debeat Tutori salariū: quando scilicèt cogitur relinquere propria negotia cùm suo detrimento, vt gerat tutelam *Menoch. d. cons. 228.* sic in Patre Baiulo, cui debetur salarium pro administratione bonorum feudalium filij, quando operæ sunt maximi laboris *D. de Franch. decis. 340. vbi D. de Luca*, plenè *obseruat. ad eund. 340. per totam*, vel si Tutor sit adeo Pauper, vel inops vt non possit habere aliundè alimenta *Castr. cons. 302.* cui addo *D. de Luca obser. 122. ad D. de Franch. sub num. 3.* quicquid regularitèr fit in Tutore.

71 Sic etiā Coniux, vt nō teneatur reddere quando immineret damnum rei familiaris, vt scilicèt plures haberet filios, quos alere non possit: cùm dici soleat, nimia filiatio est paupertas occulta; verùm in hoc concordant Doctores eo tātùm casu id permitti, quando vtriusq; coniugis consensus intercederet, & remoto etiā periculo incontinētiæ, itemq; quando non haberent Coniuges facultates alendi filios, dummodò tamen cesset periculum incontinētiæ, aliàs peccarent in non reddendo, & *ità Ang. in verbo debitum num. 15. Syluest. in eodem verbo debitum q. 8. Nauar. in Summa cap. 16. n. 24. & 25.* cùm quibus concordat *Bonac. d. tomo 1. tit. de ijs, quæ pertinent ad vsum matrimonij q. 4. puncto 1. num. 12. & 13. Sanchez d. lib. 9. disput. 25. n. 2.*

72 Limita sexto loco, vt quemadmodū mandatarius non teneatur suum reddere mandati exercitium contrà proprium Compatrem spiritualem, nè ex minori fide rumpatur maior: nàm legalis mandatarius tenetur rumperė fidem minorem, & inseruirę maiori fidei, exemplum in eo, qui eodem tempore fuerat electus Syndicus ab Vniuersitate, & officialis ab eiusdem Barone; nàm tùnc ratione maioris fidei debet relinquere seruitiū Baronis, & inseruire Vniuersitati, vt probat *text. in l. honor. §. 1. vers. plebei, ff. de muner. & honorib. Benintend. in l. Imperialem, §. firmitèr de prohib. feud. alien. vbi n. 33.* dicit post *Speculatorem*, quod quando concurrit Pater, Dominus, & Patria ad petendum seruitium vno, eodemque tempore à proprio filio, Vassallo, & Conciue, respectiuè, quod si talis comodè possit omnibus inseruire, simùl eodem tempore omnibus inseruiat: sed si non posset omnibus, tùnc debet succurrere Patriæ, & sic fuisse per *S. R. C. iudicatum*, testatur *D. Reg. Rouit. in cons. 73. vol. 1. in fine.*

Idem dices in Coniuge, quando intercederet cognatio spiritualis post matrimoniū intèr Coniuges orta, quòd euenire poterit, vel quia alter baptizauerit, aut susceperit, siuè in baptismo, siuè in confirmatione communem filium, aut filium alterius Coniugis, adduci videntur in id ex dispositione *text. in cap. si Vir de cogn. spirit.* vbi notat *Abb. n. 5.* notat etiam *gl. in cap. nosse in verbo non fraudantur 30. q. 1. vbi Doct.*

73 Cæterùm distingunt communitèr: vtrum scilicèt ex necessitate, an verò extra necessitatem orta fuerit intèr Coniuges spiritualis cognatio, vt quia ex malitia baptizauerit, vel susceperit, & in primo casu, quando ex necessitate, vt quia immineret forsitan periculum, nè filius decederet sine baptismo, concludunt, non priuari Coniugem, neque à debito reddendi, neque à debito petendi, probatur *ex text. in cap. ad limina 30. quæst. 1.*

quaest. 1. vbi redditur ratio, non esse scilicèt æquum, Coniugem, qui culpa immunis fuit, suæque satisfecit obligationi, baptizando prolem nè in æternum periret, id damnum sentire, & sibi interdicatur debiti petitio, quæ est pœna delicti.

74 Huic casui similem reddeunt alium etiam de eo, qui vti Patrinus, ex quo nullus alius aderat, qui Patrini munere fungeretur: tametsi adhùc sine Patrino validè teneat, ad munus obideret ergà aut communem, aut alterius solius Coniugi filium, idem etiam respondens, quod in superiori stabiliere Doct.

75 Aut verò ex voluntate id Coniux efficeret, & tùnc dolus suus nemini patrocinari debet, priuaturque ob id merito! ipse Coniux baptizans, aut suscipiens iure petendi dumtaxàt, non verò reddendi debitum, & in hac distinctione resident *Doct.* communitèr; vt patet ex allegatis, relatis, & traditis per *Gutt. de matr. cap.* 100. *nu.* 6. *Sanchez in consim. tract. d. lib.* 9. *disput.* 26. *per totam, Spec. par.* 1. *art.* 57. *concl.* 4. *Henriquez de matr. lib.* 11. *cap.* 15. *n.* 11. *Bonac. d. tit. q.* 4. *puncto* 2. *sub n.* 3. *&* 4. *Nauarr. cap.* 16. *num.* 39.

76 Limites septimo, quod quemadmodum eadem ratio est in mandatario, qui non tenetur patrocinare contra proprium affinem ratione maioris fidei seruandæ, vt supra diximus, sic etiam cōtrà affinem carnalem, ità etiam si post matrimonium contractum inter coniuges orietur affinitas carnalis, ex eo forsitan, quia alterius consanguineo, vel consanguineæ copularetur, pro vt est *text. in cap.* 1. *de eo qui cogn. cōsang. vxor. sua*, ibi *si quis cùm filiastra sua scientèr fornicatus fuerit, nec à matre debitum petere, nec à filiastra, nèc vnquam vllo tempore poterit se matrimonio copulare*, fornicationem istam ad finem præfatum petendi debitum, intelligebant, & extendebant antiquitus *Doct.* vsque ad quartum gradum, & in hanc sententiam iuere procliuiores *Doct. relati per Gutt. Canon. quaest. cap.* 23. *num.* 5. *& Sanchez de matr. lib.* 9. *disput.* 27. *num.* 12. hodie verò, quia ex dispositione *Sacri Concily Tridentini sess.* 24. *de reform. matr. cap.* 4. redacta est petitio vsque ad solum secundum gradum, & in tali etiàm casu seruatur abstentio à petitione debiti proptèr dictam fornicationem, quamuis disputatum extitisset intèr *Doct.* de hoc, prout declarauit sacra Congregatio his verbis: *Congregatio Concily censuit, decretum Tridentini sess.* 24. *de matr. cap.* 4. *ad primum, & secundum gradum restringens impedimentum inductum proptèr affinitatem per fornicationem contractum censeri, etiàm ad eosdem gradus restrinxisse impedimentū exigendi debitum ab vxore, quod inducitur ex affinitate perueniente ex illicita copula à viro cum consanguinea suæ vxoris post matrimonium habita*, de hac decisione sacræ Congregationis meminere *Ald. in compend. decis. lib.* 1. *tit.* 8. *num.* 28. *Sanchez de matr. disput.* 37. *lib.* 9. *tit.* 14. *Barbosa collect. Doct. ad sacr. Consil. Trid. num.* 7. *Nicolaus Garsia de benefic. parte* 8. *cap.* 3. *num.* 76. *alijque passim.*

77 Fornicatio modo vltrà dictum secundum gradum prohibitum: videlicèt in tertio, & quarto gradu, non inducit neque impedimentum, neque incestum, sed reducitur ea ad solam simplicem fornicationem, in tantùm, quod si quis accesserit ad consanguineam in tertio, vel in quarto gradu, eius, cum qua fuerit fornicatus, non commicteret peccatum incestus, sed vt dictum est solam simplicem fornicationem *Gutt. canon. quaest. d. lib.* 1. *cap.* 23. *num.* 3. *Rodriquez in summa tomo primo cap.* 100. *lib.* 1. *cōcl.* 1. *Barbosa alios recensens dict. collect. Doct. ad sacr. Conf. Trident. d. cap.* 4. *nu.* 13.

78 Amplies hoc etiàm in casu, quo vt dictum est in præcedenti limitatione, post contractum matrimonium orietur affinitas spiritualis in altero ex coniugibus, secundum *Doct. communitèr in cap.* 1. *de eo, qui cogn. consang.*

79 Intellige modo limitationem istam quoad solam fornicationem, in cuius odium inductum est, vt petere non possit, non verò quo ad coniugem à tali labe immunem, qui petere poterit, & tenetur coniux delinquēs omnino reddere, adhoc ne dolus eius sibi patrocinari deberet, vt diffiniunt communitèr omnes, & patet ex textu in *cap. trāsmissa eod. tit. de eo, qui cogn. consang. vxor.* ibi,

ibi, *non cognoscet unquàm dùm viueret*, nisi ab ea fuerit requisitus, & tùnc ad ipsam non sine graui cordis dolore accedat.

80 Subintellige hoc post bimestre tempus a die matrimonij contracti cùm distinctione tamèn, an infrà dictum bimestre fuerit consumatum matrimonium, nec nè, vt obseruari potest ex *Valent.*, *& Emanuel Sà*, *Sanchez*, *& alijs cumulatis per Bonac. tomo 1. tit. de ys, quæ pertinent ad vsum matr. quæst. 4. puncto 2. pagina mihi* 354.

Ex relatis præsenti in limitatione inferri potest, Primo, quod in casu, quo vterque coniux sub labe affinitatis afficeretur, per copulam scilicèt mutuam habitam cùm alterius consanguineis, an excusantur ambo à petitione, & redditione debiti, & resolutio ipsius haberi poterit ex *Sanch. d. lib. 9. disput.* 28. *per tot.*

81 Secundo, vtrùm ad finem vt Coniux nocens priuetur facultate petendi debitum, requiratur sententia Iudicis declaratiua nec nè. Hanc quæstionem circa abstentionem, & petitionem expungit, & absoluit *Idem Sanch. d. lib. 9. disput.* 33. *& Bonac. d. puncto 3. propos. vnica num.* 5., ex quo alios etiàm consentientes exauries.

82 Tertio, quid in casu, quo fornicatio fuerit vi præcisa, aut metu contracta declarant idem *Sanch. d. lib. 9. disput.* 31., *& Bonac. loco cit. num.* 5.

83 Quarto, quid quando vigeret ignorantia facti, vel iuris inuincibilis, an scilicèt delinquens excusetur, & consequentèr possit aut petere, aut reddere, & resolutionem istius habebis ex eodem *Sanch. d. lib. 9. disput.* 32. *cùm seq.* vbi distinguere videtur ignorantiam facti, vel iuris inuincibilis, vide quæ nouitèr scripsit *D. de Luca obseruat. ad D. de Franch.* 130. *num.* 6. *vers. ingens est.*

84 Quinto vtrum battizans, vel suscipiens proprium filium ex baptismo priuetur aut iure petendi debitum, aut iure illud reddendi, & in hoc respondent *Doct.* cùm distinctione, an scilicèt battizauit quis proprium filium cum necessitate, an verò voluntariè, & extra necessitatem, pro vt videre poteris apud *Doct.* relatos per *Sanch. d. lib. 9. disput.* 26. *& Bonac. d. propositione vnica puncto* 2. *num.* 3.

85 Limita nono, quod sicuti mandatarius non tenetur mandatum illicitum exercere *Mantica de tacit.*, *& amb. lib.* 7. *tit.* 1. *sub num.* 3. 4. *&* 5., sic etiàm quando Coniux illicitè peteret, cùm distinctione tamen circa illicitam petitionẽ, an scilicèt petat illicitè propter circumstantiam aliquam, aut defectum tenuem ne ex parte petentis, vt in casu emissi voti castitatis, de quo nox infrà subito subijciam, an verò petat illicitè ratione circumstātiæ tenentis se ex parte actus: vt scilicèt si illicitum redderetur ratione loci, puta quia peteretur debitum in Ecclesia, vel in publico, vel propter periculum impediendi generationem, vt dicemus mox infrà.

86 Limita decimo, & vltimo, quod sicut obligatur mandatarius non exercere suum mandatum ex voto ab ipso facto de non amplius exercendo tale officium, quia tùnc magis obligatur fidem Deo seruare, quàm hominibus per media, de quibus in septima limitatione sic etiam Coniux in casu, quo ab altero Coniuge, vel ab vtroque ipsorum fuisset emissum votum castitatis *Card. Tolet. in inst. Sacerd. lib.* 7. *cap.* 4. *nu.* 4. *Vinald. in candelabro aureo cas. conscient. lib.* 1. *tit. de matr. nu.* 138., alijque quamplurimi relati per *Sanch. de matr. d. lib.* 9. *disput.* 33. *num.* 5., qui distinguere videtur, intèr votum sollemne castitatis, & religionis, & votum simplex, & quod votum sollemne non tantum priuat petitione debiti, sed incurrit vouens in grauissimam pænam ad tradita *in cap.* 1. *de voto in* 6., *& in extrauag.* 1. *Ioan.* 22., quinimmo etiàm excommunicationem maiorem latam *in Clem.* 1. *de consang. & affin.* ex quo votum sollemne est vnum ex impedimentis impedientibus matrimonium contrahendum, & derimentibus contractum, & per simplex votum incurrit tantùm peccatum sine excommunicatione, & priuatur petitione debiti, quod quidem simplex votum solus Episcopus remictere potest, & ab eo absoluere, dixi petitione debiti, quia alter Coniux non vouens non priuatur

iure

iure petendi per votum castitatis factũ ab altero ex coniugibus, adhùc etiam si ipse consenserit illius voto, si tamen non intenderet renunciare iuri suo circa petitionem, sic declarat *Bonac. d. tomo 1. tit. de ijs, quæ pertinent ad vsum matrimonij quæst. 3. puncto 3. propos. 2. num. 7. pag. 356.* vbi affert rationem, quia dicitur illicitè petere solum ob circumstantiam personæ: videlicet ob votum castitatis, quo se abstrinxit.

87 Sed insurgit nùnc dubitatio, quid quando vterq; Coniux voto castitatis sit astrictus, an possit, & teneatur petenti reddere. Hanc disputationem notabilitèr excutit *Sanch. de matr. d. lib. 9. disput. 37.* & concludit teneri, prout etiam post alios concludit *Bonacina supra num. 8.* dummodò tamèn in voto cõsentiendo, non intenderit remittere obligationem reddendi debitum: quoniam si accesserit intentio remittendi sibi obligationẽ, non posset penitus reddere absque peccato, & patet etiam ex relatis per *Sanchez d. lib. 9. disput. 36. & 37. & Henriq. ex Rodriquez, & Sylvestro, Lessio, & Emanuele Sà* recensitis *per Bonac. vbi supra dicto num. 8.*

ARGVMENTVM.

Symbola societatis, & mandati scientia, & patientia quomodo concipiatur, ardua quæstio.

SVMMARIVM.

1 *Societas solo consensu perficitur.*
2 *Societas tacita ex vsu, & patientia vtrinsque colligitur.*
3 *Voluntas talis præsumitur qualis ex actibus declaratur.*
4 *Mandatum tacitum ex scientia, & patientia inducitur.*
5 *Inuitus in seruitutibus dicitur non solum is, qui contradicit, sed & qui non consentit.*
6 Text. in l. inuitus, C. de procuratoribus *declaratur.*
7 *Arbitrer electus non habetur pro tali, si non consentiat.*
8 *Periculum vbi maius est, ibi cautius est agendum, & num. 19.*
9 *Dictio,* specialitèr, *hoc est,* expressè.
10 *Mandatum potest, sicut & societas tacito consensu contrahi.*
11 *Socij quando præsumantur habere mandatum ab alterutro.*
12 *Dominus patiens Procuratorẽ excedere mandatum habetur pro consentiente.*
13 *Mandatum an præsumatur contrà collitigantem.*
14 *Mandatum an præsumatur ex diuturna quasi possessione, vel patientia.*
Quid in administratione vniuersitatis num. 15.
16 *Locumtenens an officium exercere possit ex tacito mandato officialis.*
17 *Actus gestus, domino ignorante, an valeat.*
18 *Societas tacita ex quibus actibus contracta præsumatur.*
20 *Hæreditas opulenta tacitè per fideicommissum relinqui potest.*
21 *Bona etiàm futura in societate vniuersalis communicari debent.*
22 *Mandatum tacitum quibus modis contrahitur, talibus & societas.*
23 *Soluens nomine alterius an præsumatur habere soluendi mandatum, & qua actione conueniendus num. 24.*
25 *Debitor quando liberatur ex sua præsẽtia, patientia, et taciturnitate, & n. 33.*
26 *Mandatum non præsumatur in delictis etiàm ex tacito consensu.*
27 *Solutio an rectè fiat ex præsumpto mandato, & num. 28. & 29.*
30 *Hypotheca datur pro damnis illatis in rebus administratis.*
31 *Hæres officialis an teneatur stare, & parere syndicatui remissiuè.*
32 *Administrator, pendente administratione, non potest dici quod sit creditor eius, cuius bona administrat.*
34 *Pupillus an societatem contrahere valeat.*
Quid stante eius vtilitate num. 35.

36 Tu-

CAP. VII.

1 SOcietatem solo consensu contrahi posse, nemo est, qui ignorat *ad text. in l. consensu, ff. de act. & obligat. l. planè, et l. qui admittitur, ff. pro socio*, adeò, vt tacitus etiam sufficiat *Bart. in l. si Patruus n. 9. ff. vtriusque Iudic. & in l. si Titium, & Meuiũ, ff. de admin. Tut. Ang. cons.* 112. *col.* 1. *Paul. Castr. cons.* 366. *n.* 1. *lib.* 2. *Anch. cons.* 302. *aliàs* 303. *Corn. cons.* 54. *n.* 1. & 3. & *cons.* 181. *nu.* 12. & *seq. lib.* 1. *Soccin. Sen. cons.* 160. *n.* 1. *lib.* 2. *Dec. cons.* 66. *col.* 2. *vers. & prædicta, & cons.* 304. *n.* 6. sequitur *Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib.* 5. *tit.* 9. *sub n.* 1. adde *Decian. responso* 84. *n.* 5. *col.* 2. *Menoch. cons.* 12. *vol.* 1. *Rol. à Valle cons.* 91. *n.* 25. *vol.* 1. quia contractus, qui consensu contrahuntur, qualis est societas, resultant tacitè ex vsu, & patientia vtriusque illorum, intèr quos actus celebratur *l. quæritur, §. qui impleto, & l. vt de in rem verso, ff. de vsur.* cùm ex qualitate actuum mentem, & inten-
3 tionem hominum colligimus, & talis voluntas præsumitur, qualis ex actibus declaratur *l. duo fratres, ff. de acq. hæred. l. reprehendenda, C. de instit. & subst. vbi gl. dicit*, quod facto datur voluntas intelligi etiam in animantibus brutis; quæ probatur etiam per actum nullum, *Bart. in l.* 2. *§. testamentum, ff. quemadm. test. aper. cum alijs congest. per Donad. de renunc. lib.* 2. *cap.* 50. *sub num.* 44.

4 Sic etiam mandatum tacitum, ex sciẽtia, & patientia inducitur, nàm qui patitur ab alio mandari, vt sibi credatur, mãdare intelligitur, text. est *in l. qui patitur, ff. mandati*, & qui non prohibet pro se fideiubere, mandare dicitur *l. ex mandato, §. vlt. & l. si remunerandi §. si passus, & l. si fideiussor. ff. mand. & l. semper qui non prohibet, ff. de reg. iur.* magis quando agitur de eius voluntate, vt assentitur *Vasq. lib.* 2. *Illust. contr. cap.* 62. *num.* 9.

5 Cęterũ aduersus grauitèr obstat primo text. *in l. inuitum, ff. de seruit. urban. præd.* vbi cauetur, inuitũ in seruitutibus accipi eũ non solùm, qui contradicit, sed & etiam, qui non consentit, proindè & infantem, & furiosum inuitos rectè dicimus, subsequitur quamuis transeam per prædium tuum, vel stillicidium auertam in tectum tuum, vel altiùs extollam tectum, & tuis officiam luminibus, te sciẽte, & tacente, seruitus mihi non quæritur, quia non cõsentienti fit mihi inuito.

6 Secundo vrget *text. in l. inuitus, C. de procurat.* vbi *si ego Præsens, & tacens procurator eligor, pro consentiente nunquam habeor*, dicit *text. inuitus procurationem suscipere nemo cogitur*, notat *gl. in vers. casus, si vis potes, si non vis, non possum te compellere*, & sic necesse asserit *Golin. in tract. de Procuratoribus parte* 1. *cap.* 5. *sub n.* 82. Procuratorem approbasse mãdatum, si passus fuerit apud acta Curiæ

scribi

scribi, se præsente, ex quo ex eo actu tacitè mandatum acceptare præsum tur citat *Boer. sing. 26. n. 26. vers. Procurator,* ante eos *Iacob: Rau. & alij* in locis relati per *Bald. in d. l. inuitus n. 3. col. 1. in fine vers. quærit quidem,* sequitur *Grat. discept. forens. cap. 68. num. 20. in fine,* quia communis est opinio, non sufficere solam scientiam, & patientiam, nisi concurrant alia adminicula declaratoria animum suscipientis, vt probat *Hieronym. Gabr. cons. 149. n. 65. vol. 5.* adducens *Alex. in l. sæpè, ff. de re iudic. n. 87. & Feb. decis. 23.* voluit *Azor. instit. Moral. lib. 1. c. 5. in fine.*

7 Tertio vrget, nàm si ego executor testamenti instituor, aut si in lite, vel in causa arbitrer efficiar, præsente, & tacente, non habeor pro talibus, vt aduertit *Felin. in cap. nonne de præsumpt.* diximus *suprà tit. 1. cap. 5. sub num. 33. & 34.*

8 Paritèr in societate vrgere videtur. Primo, quia vbi maius est periculum, ibi cautiùs est agendum *cap. vbi periculum in princ. de elect. in 6. & l. 1. §. sed & si quis ff. de prat. edict. & l. hac consultissima C. qui testam. fac. poss.* sed in societate agitur de maiori periculo, quàm in quolibet contractu ex circumstantijs resultantibus in communicatione bonorum, quæ cùm veniant etiam tacitè, ad quod reparari cautiùs debet: cùm agatur de tacito consensu contrahendi societatē, & de alio tacito conferendi bona in societate, ergo ex solo tacito consensu hæc omnia expleri minimè possunt.

9 Secundo obstat, *text. in l. 3. §. cùm specialitèr, ff. pro socio* vbi *gl.* exposuit *specialitèr,* idest, *expressè,* & ità intelligit etiam *glosa in l. coiri eod. tit.* quod sentit etiam *gl. in l. ex parte §. filius in verbo essent ff. fam. ercisc. & gl. instit. de soc. in princ. in verbo totorum,* vbi dicit, *& expressè.*

Et demùm tertio obstat Doctorum authoritas tenentium, societatem nullatenùs contrahi posse consensu tacito, vt prætèr *gl. quæ præcipua est authoritatis,* secundùm *Manticam d. lib. 5. tit. 9. sub n. 15. Paul. de Castr. cons. 349. num. 2. lib. 1. Alex. cōs. 76. n. 10. lib. 4. Caph. cons. 42. n. 6.*

10 Sed vt proposito symbolo sistemus, dicendum, mandatum posse tacito consensu ex scientia, & patientia contrahi, sicut & societas *Mascard. de probat. concl. 1315. sub n. 8. & 9.* quod intellige non ex solo modo tacito consensu, nempè scientiæ, & taciturnitatis, sed ex aliquo animi motu in patientia requisito inducēte animi declarationem, & sic conciliatur opinio *Innoc. in cap. ex parte Decani n. 2. ff. de rescript.* & erit iudicium, si amicus, vel coniunctus gerat se pro procuratore, Domino sciente, & patiente *Abb. cons. 7. n. 4. lib. 1. Ruin. cons. 101. n. 14. vers. secundò saluatur vol. 1. Grat. d. c. 68. n. 20.* sic etiam in socio, qui licèt regularitèr non dicatur habere mādatum

11 à socio: tamèn quando socij sunt personæ coniunctæ præsumuntur habere mandatum ab alterutro *Cyn. in d. l. inuitus in 1. quæst. C. de procurat. arg. l. in adopt. ff. de adopt. & l. si seruus communis ff. de donat. intèr vir. & vxor. Ant. de Butr. in cap. quamuis de re iudic.* & est cōmunis opinio, secundùm *Alex. in d. l. sæpè, ff. de re iudic in secunda soluat.*

Vndè non audiendus *D. Rodoer. obseruat. ad D. de Marin. 194. sub n. 3.* vbi indistinctè tenet, socios intèr se dici habere mandatum reciprocum tacitè, vnum pro alio, durante societate, quia opinio contraria, de qua apud *Innoc.* etiam declaratur, si præcesserit mandatum nullū: nam si mandatum aliquid præcesserit, & posteà superuenerit causa contemnēdi, tùnc mandatum ex sola scientia, & patientia præsumitur *Aret. in l. exiStimo col. vlt, vers. & est singulare, ff. de verb. oblig.* sequitur *Mantica d. tit. 7. sub num. 6.* subdens *sub n. 7. vers. præterea,* quod si Dominus patitur, eum, qui habet mandatum, finem eiusdem excedere, ex taci-

12 to consensu mandatum exceditur *cap. cùm olim 1. de offic. deleg. & cap. vlt. de iure iur.* & licèt ex sola patientia mandatum non præsumatur contrà colliti- gantem, tamèn contra ipsum Dominum

13 præsumitur, ità vt incumbat onus probandi, mandatum non præcessisse, aut fuisse reuocatum *Innoc. in cap. cum in iure in gl. magna de offic. deleg.* quod est dictum singulare, secundùm *Imolam in l. sæpè ad finem vers. & adde his, quæ dixi, ff. de re iud.* secundùm *Ruin. d. cons. 101. n. 14.* & insupèr ex quasi possessione, &

14 diuturna patientia præsumitur mandatum

datum si simùl concurrat spatium etiam 30.annor. *Alex.cons.1.n.19.vers.confirmo lib.4.Brun.cons.96.col.* post medium *Crauetta de antiq.tempor.par.2.n.68.& cons.317.n.2.vers.3. respondeo*, quod locum etiam habere testatur *Mantica loco cit. sub num.10.* in scientia, & patientia administrantis Vniuersitatis, quia ex ea

15 etiam tacitum mandatum inducitur *Purp.cons.140.num.3.* Item si ratihabitio nomine Vniuersitatis fuerit subsequuta; & ipsa sciens per longum tempus non reclamauerit, mãdatum præsumitur præ-

16 cessisse *Decian.resp.41.num.96.lib.2.* & si quis se pro Locumtenente superioris gesserit, eo sciente, & patiente, probabilitèr dicit *Mantica loco cit. in fine*, potest dubitari, an quæ ab eo gesta sunt ex tacito mandato valeant, & *Gugl.de Cun.in l.1.ff.de exer.act.* scribit valere per *l.Magistrum eod.t.* quod potest sustineri ex *l.Barbarius,ff.de offic.prat. Alex.* qui se remittit *in d.l.sapè n.96.ff.de re iudic.* excursu etiam tanti temporis præsumitur præcessisse consensum ad actum necessarium arg. *l.si filius C.de pet. hared. & in l.qui in aliena §.1.ff.de acq.hared.* & tametsi dici soleat, quod solemnitas mandari non præsumatur etiam ex cursu lõgissimi temporis, & soleat allegari *Bald.in l.1.C.de reb.Eccl.non alien. & in l.1.C.ex falsis instit.* illud potest esse verùm

17 quando quis gessit actũ, Domino ignorante, non autem eo sciente *Ruin. d.cons.101.n.14.vers.& licèt*, & talis temporis lapsu concurrente, præsumitur etiam alienatio à Papa confirmata, etiam si nõ fuisset in instrumento alienationis reseruatus consensus Sedis Apostolicæ *Dec.cons.341.n.13 Seraph.decis.1043.num.4. Afflict.decis.368.n.8.Put.decis.355.parte 2.n.7.Surd.cons.249.n.25.Castald.ad reg.8.Cancell.gl.12.n.77.& seq.Rota diuers.decis.372.par.2.Episcopus Ricc.decis.Cur.Arch.Neap.116.par.2.Gram.decis.77.Mant.decis.473.D.Galeota senior contr.19.lib.2.* igitur non sic indistinctè audiẽdus *Rodoer.in loco desupèr cit.*

18 Probatur itidem societas ex tacito consensu, quando ex aliquo actu mens contrahentium colligitur, quod societatem contrahere voluerunt: nempè ex communicatione bonorum, cohabitatione, non reddita ratione. Vndè si conuentum sit intèr aliquos, vt communi nomine aliquid emarur, societas dicitur ex consensu tacito contracta *l.cùm duob.* vbi *Bart.& Bald.ff.pro socio l.cùm proponas*, vbi *gl.Bart.& Bald. C.eod. tit.l.2.C.com.diuid.* adnotauit *Tiber.Decian.respõso 97.num.35.vol.1.* post eos *Mascard.de probat.concl.1315.n.10.*, quod extende etiam in societate omnium bonorum, & probatur *ex l.societatem eos coire cum l.seq.ff.pro soc.* vbi dicitur societatẽ eos coire tacitè posse, & expressè, & in *l.seq.* subijcitur, societatem contrahi posse siuè vniuersorum bonorum, siuè negotiationis alicuius, siuè vectigalium, siuè vnius, &c. ergo sequitur, quod sicuti societas alicuius negotiationis, & vnius rei, & vectigalium tacitè cõtrahi potest: ità etiam vniuersorum bonorum, quia nulla lex est, quæ distinguat, & dicat, eã tacitè contrahi non posse, & præcedentia ex subsequentia recipiunt intellectũ, *l.non est nouum, & l.sed.& posteriores, ff.de legib.* & sic satisfit primo argumento in contrarium adducto in ordinem ad societatem contrahendam solo consensu tacito, in quo non obstabat *d.l.3.§.cùm specialitèr, ff.pro socio*, cui in specie satisfacit *Petrus de Vbaldis de duob.fratr.par.3.n.32.in vers.non obstat*, quod illa lex non loquitur de societate tacita, sed de expressa, quę simplicitèr contrahitur: nõ intelligitur de bonis omnibus cõtracta: nisi specialitèr dictum fuerit, & in hoc duplex requiritur expressus consensus: verùm si tacitè contrahatur, non est necessè, vt specialitèr dicatur non cõtrahi in omnibus bonis, quia tùnc non esset societas tacita, sed expressa, & ideo sufficit, eam ex actibus colligi, prout assentitur etiam *Dec.cons.68.n.2.vers.vltimo non obstat*, ibi, *nec obstare tex.* & confirmat *Mantica loco cit.sub n.8.in verbo nàm satis, dici satis euidentèr expressum, quod factis declaratur, & nos coniecturis exequi possemus, l.licèt Imperator, ff.de leg.1.* siquidem, vt supra diximus, nullum est maius mentis nostrę testimoniũ, quàm qualitas inspecta factorum, quæ sine verbis per solum aspectum suam inquirunt voluntatem, vt secundùm *Cassiod.* inquit *Bald.in cap.super literis de rescript.*

Digitized by Google

script. quia etiã magis facto, quã verbis voluntas declaratur *cap. omnis 1. q. 1. Capit. canet. 22. q. 5. & l. si tamen §. ei, qui ff. de edilit. edict.* secundùm *Mascard. loco cit. & Card. Manticam cap. 9. sub num.* 10.

19 Secundo argumento desumpto à regula, quod vbi maius est periculum, ibi magis sit cautela adhibenda, iuxtà dispositionem *d. cap. periculum in fine de elect. in 6. cum concordant.* idem *Mantica* tripliciter satisfacit. Primo, quod si nõ minùs, immò magis factis, quàm verbis voluntas declaratur, vt diximus suprà, satis sufficienter consultum, & cautum intelligitur: si tacitæ etiã contrahentium voluntates adimpleantur, *l. de societate in fine, C. pro socio:* nàm quod tacitè agitur, pro expresse habetur *l. cùm quid, ff. si cert. petat.* & in conuentionibus contrahentium voluntatem potiùs, quàm verba spectare debemus, *l. in contractib. ff. de verb. obligat.* iustum est sanè, voluntates contrahentium magis, quàm verborum conceptionem inspicere, *l. vlt. C. quæ res pign. oblig. poss.*

20 Secundo respondet *Mantica*, quod hæreditas, quæ potest esse opulenta tacitè etiam per fideicommissum relinqui potest, *l. cùm proponebatur, ff. de leg. 2. l. vnũ ex familia, §. pen. & vlt. eod. tit. & l. si cum virum. ff. de fideic. Bald. in l. in epistola n. 4. ff. eod.* & tamèn de proximo periculo agitur, dicit ipse.

21 Tertio respondet, quod ex vtroque latere contrahentium hoc locum habere potest, cùm bona etiam futura debeãt communicari: tametsi ex prospera fortuna adueniunt *d. l. 3. §. cùm specialitèr,* & ideò hoc periculum considerandum non est tanquàm incertum intèr eorum damnum pati, vel lucrum consequi possit, *l. 1. C. de pact. & l. si Pater Puella, C. de inoffic. testam. & l. si ea lege, C. de vsur. & l. de fideicom. C. de transact.* vbi minor etiam non restituitur aduersus mutuam renunciationem fideicommissi, quia proptèr dubium euẽtum circumductus dici nõ potest, licèt posteà lucrũ fideicõmissi amiserit, vt *Bart.* dicit eam legẽ esse pulchram, & notabilem, & *Bald. infert notatu dignam,* vbi *Paul. Castr. Alex. & Iasi.* notantes ex illo textu, quòd quando aliquid habet se ad lucrum, & damnum: licèt posteà contingat damnum, nèc minor tanquàm læsus debet restitui, sequitur *Natta cons. 181. nu. 8. & 9. in fine, Tiraq. in l. si vnquam in verbo donatione largius num. 110. & 113. de reuoc. donat. Bocr. decis. 62. nu. 11. Crauetta cons. 294. num. 7. ad finem vers. imò læsio nullo modo videtur considerabilis,* quicquid sit de restitutione minoris ad lucrũ duntaxàt, de qua nèc rectè sentijt *D. Rodoer. obseruat. ad D. de Marin. 46. in fine,* ex quo læsio non consistit in lucro, sed in damno, vide *D. de Luca obseruat. ad Franch. 206. ex quibus.*

22 Collige primò, quod sicut mãdatum potest solo consensu tacito contrahi, ad quod contrahendum tria requiruntur; scientia, patientia, & animi motus ab aliquo extrinseco, vt supra probauimus, sic etiam societas contrahitur tacito cõsensu, tribus concurrentibus, primum, quod simul ij, de quibus agitur cohabitauerint, secundò, quod omnia lucra, & emolumenta, vndique quæsita communicẽtur, & tertio, quod sibi inuicem nulla ratio reddatur, vt probat *D. Conf. Hodierna contr. for. cap. 49. n. 14.* licèt ipse addat continuationem per 30. annos, quia isti omnes actus fieri non possunt citrà nomen, & ius mandati, & societa-

23 tis, sicut in mandato, quando quis soluit nomine alterius: nàm tùnc mãdatum præsumitur *Rota Romana decis. 2. in tit. de caus. possess. & propriet. in antiquis;* quæ censuit mandatum habuisse illum, qui nomine debitoris pẽtionem soluit, quam secuti sunt *Cassad. decis. 3. n. 4. tit. de procurat. Felin. in cap. sicut n. 35. de Iudic. Beroius in quæst. 39. n. 4. in fine, Ant. Gabr. in suis concl. lib. 2. tit. de procurat. concl. 1. n. 6. Crauetta in tract. de antiq. temp. in 2. parte princ. n. 35. & cons. 949. n. 9. & 10. Dec. in cons. 36. n. 8. & in cons. 42. num. 13. vers. 3. respondetur, & in l. 1. in prim. lectura C. qui admitti,* post eos *Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 33. sub num. 3. 4. & 5.* quibus adde *de Crass. decis. 2. n. 5. & 6. de reb. Eccles. et in decis. 2. de præsũpt. Put. decis. 62. lib. 1. Caputaq. decis. 185. lib. 2. Episc. Riccius collect. decis. par. 5. collect. 1890. in princ.* ratio est, quia qui soluit tanquàm Procurator censetur asseruisse quod verum est *Mantica loco cit.*

& non venire ad negotium absq; mandato: nè videretur suum iactare *Conar. var.resolut.cap.6.de solut.& liberat.n.42. Fontan.de pact.nupt. claus.4.gl.18.par.5. art.37.Agat.Ripoll.var.resolut.cap.ult.sub n.40.* hæc propositio ratiocinata à *Menochio* omninò est vera, quia etsi mandatum nullatenùs præsumatur: nisi probetur, vt ipse prò regula introducit præsumptionem, & voluerunt *Afflict. decis. 345.Cart.decis.86.Bocr.decis.274.Veralla decis.350.parte 3.Episcop.Rec. decis.Cur. Archiep.149.per.2.* soluens asserendo habere mandatum non tanquàm negotiorum gestor posse repetere solutum, sed actione mandati; tùnc non tantum conueniunt præsentia, patientia, & taciturnitas debitoris; sed etiam factum soluentis, qui si aliàs non præsente, soluerer, creditore, & tacente, aliter esset *ad text. in l.soluendo, ff.de negot.gest.Afflict.decis. 302.n.8.* quem citat *Ric.loco cit.* qui *Afflictus* nunquàm hoc dixit *in d.decis.* sed omninò requiritur aliud extrinsecum. *A'ex.in l.cùm seruus col. vlt. uers. sed aduerte, ff. de uerb. oblig.* & ibi *Ias. col. ult. Ruin.conf.156.n.16.lib.1.* quia taciturnitas, præsentia, & patientia debitoris
25 non faciunt quominùs is liberetur, ac si absens fuisset, & ignorans, vt *in d.L.inuitus, C. de procurat.* quam in id extollunt omnes, licèt quando aliquod delictum
26 contrà Dominum redargueretur, nempè quando quis veluti Procurator eius, qui aliquod delictum perpetrasse arguitur, transegit, vel damna, & impensas soluit filijs occisi, vel damnum passo: in hoc enim casu non præsumitur hic trãsigens habere mandatum ab accusato illo, & ideò talis solutio non facit indicium contrà eum, prout in specie declarat *Gram. uoto ult. in fine, Mascard. d. concl.1004.n.40.Caffan.conf.58.num.22.* supple quando solutio fit, absente debitore, & tùnc intractat dispositio *text. in l.soluere, ff.de negot.gest. l.soluere, ff.de solut.l.so'ut.& l.1.§.pen.& l.si pro me, ff.de exerc.act.* prout de sui stylo mercatorum testatur *Rota Gen. decis.6. num. 7.& 8. & d.cis. 135. num. 1. Grat. cap. 388. num.5.6.& 7.*
27 Verùm dubitatio est, cuius nàm pecunia præsumatur esse, quæ soluitur ab isto præsumpto mandatario, an domini debitoris, vel ipsius soluentis, cuius nomine soluitur, in hoc *Doct.* communitèr duos distingunt casus.

Primum in eo, qui non est administrator bonorum illius, pro quo soluit; secundum in eo, qui talis est. Primo in casu dicunt *Doct.* quod solutio intelligitur facta de pecunia ipsius soluentis ex regula illa generali, quod soluens pro alio intelligitur de propria soluentis pecunia soluisse, vt post eos probat *Mascard. de probat. concl. 1320. num. 7. & decis.123.num.7. Barz. decis.66. num. 6.* Secundo vero casu præsumitur soluisse de bonis, & pecunijs ipsiusmet debitoris *Dec. cons.99. Crauetta cons. 129. num. 3. Corn. cons. 103. col. 1. Mascard. concl.53.per tot.Menoch. de præsumpt. lib. 3.præsumpt.143.num.14.*
28 Primus distinctionis casus declarandus cũ alia subdistinctione, aut creditor, cui soluitur, fatetur simplicitèr recepisse à soluente, & in hoc casu potest verum confirmari quod supra dictum fuit: præsumi scilicèt solutionem factam de propria soluentis pecunia: aut vero confessio creditoris, cui soluitur in apoca, de recepto concipitur in persona ipsiusmet debitoris, facta solum mentione personæ soluentis, vt nudi ministri illius solutionis: veluti si confiteatur, me recepisse à Titio per manum Seij, isto in casu præsumitur facta solutio de pecunia Titij debitoris, quamuis Seius soluerit, quia dicitur hoc in casu nudum tantum ministerium adhibuisse, prout notat *Beran.cons.282.num.2.lib.2 sequitur Magon.decis.Florent.43.num.14* confirmat *Fontanella de pact.nupt. claus.4.gl. 8.p.13.num.44.*
29 Secundus casus itidem alio duplici modo temperandus: nàm aut debitor, nomine cuius soluitur per administratorem, habet in ære in rebus, vt ab eis sumi possit coniectura, administratorem verisimilitèr de eis soluisse, & tùnc benè currit præsumptio, & coniecturæ, solutum fuisse de bonis debitoris: aut verò administrator ex eis tantùm summam exoluere non potuit, quia deductis impensis, & alijs necessarijs pro debitore faciendis, non remanetes de

quibus

Digitized by Google

quibus soluendum, & tùnc limpidissima est coniectura, solutum fuisse de bonis administratoris, ad quod dignoscendum expectandus est exitus administrationis, ex quo administrator obligatus ad reddendam suæ administrationis rationem *Ioan.Gutt. de tutel., & Curat.p.3. cap.1. num.3., & 9. Menoch.de arbitr.casu 202. Rota Gen. decis.59.num. 2.decis.80.num.3. decis.81. num.2. decis. 112.num.2. decis.116. num.1. decis.126. num.9.decis.151. num.3. decis.167. num. 5.decis.179.num.3.,& decis.203.num.1.,* quod procedit etiàm in hærede administratoris *l. heres ff. de reg. iur. l.2.C.de sacr.Eccles. l.si quis C.de Episc. & Cleric. Nundez de ratioc. administr. cap. 3. Dec. cons.10., Ruin.cons.413. num.2.vers.certum est, Bocr. decis.59. num.1. Verall decis.157.p.2.Franc.Marc.decis.400.vol.1.,*

30 quod adeo verum est, vt etiam eiusdem administrantis bona sint tacite obnoxia, vel hypothecata pro damnis per eum illatis in rebus administratis à die acceptæ administrationis; non verò à die damni illati, seù malæ gestionis *gl. in cap. ex literis in verbo obligata post principium*, & ibi *Abb.num.11. col.vlt.ad medium vers.secundo principaliter nota de pignor.Neguf. cons. in tract. p. 2. membro 4. num. 119., & 120.Grat. discept.forens. cap.61. sub num.6. vol.4.,*

31 & an teneatur hæres officialis stare, & parere syndicatui pro eius officiali defuncto, vide *Campagn. super cap. Regni statuimus sub num. 51.* vide *Thor. compend. decis. Regni parte 1. in verbo hæres defuncti*, qua redditione pendente, non

32 potest administrator se creditorem facere in bonis illius pro pecunia soluta, quin repelli non possit hac exceptione, quod præsumatur de pecunia hæreditaria, vel administrationis, quas administrabat, soluisse, quousque per redditionem rationis de contrario probetur, veluti ostendendo, quòd supra quantitates receptas hanc, quam petit exoluit: cùm aliàs non possit quod sibi debetur ex eadem administratione petere, ea pendente *Afflict. decis. 113. num. 18.Mascard.d.concl.53.num.4. Cravetta cons. 129. num.5. decisum in Senatu Cathalano refert Fontanella loco cit. sub nu.* 42., vbi subdit, quod si sic non intelligeretur casus prædictus, vix esset, cui applicaretur, vel applicari poterit, ac explicari quomodo in praxi poterit contingere, & in quam causam dicatur facta solutio per hunc tertium, vide *Grat.discept.forens.cap.388.in fine.*

33 Sed quid, si èeontrà solutio fuerit facta à debitore extraneo in præsentia creditoris, tacente ipso, & patiente, an intelligatur debitor liberatus, ac si solutum fuisset proprio creditori, & in hoc etiam eadem facienda est distinctio: nàm aut extraneus, cui soluitur est institutus negotiorum gestor à creditore, vel est simplex extraneus, in primo casu liberatur debitor, ex taciturnitate, patientia, & præsentia creditoris, cùm eius contemplatione solutio sequuta intelligatur *l. vlt.ff. de instit.act. Castr. in l.1.in fine num. 6. ff.eod. tit., Bart. in l. si pupilli §. 10.procuratori col.1.ante fin.num.5. vers.an autem dominus obligetur ff. de negot. gest. Cyn. in l.ei, qui col.2.ad med.vers. aut contrahere cum procuratore C.quod cùm eo, qui in aliena pot.est. Surd.cons.326. num.1. lib.3. Mantica de tacit. lib.3. tit.10. num.30.* In secundo est iterum distinguendum, quod aut solutio,quæ fit illi extraneo, fit cùm liberatione creditoris in personam debitoris, & tùnc censetur facta solutio extraneo eùm consensu creditoris, ibi, *præsentis, & liberari videntis, & patientis*: cùm aliàs, ex quo de suo præiudicio agebatur,poterat contradicere, & noluit, ex regula quod potui,nolui, aut verò liberatio non fit contemplatione creditoris, sed ipsiusmet extranei, & tùnc subdistinguendum, aut creditor, nomine cuius soluitur fatetur recepisse contemplatione sui crediti, & liberabitur debitor, & remanebit constrictus tertius creditori causa solutionis sibi factæ eius nomine: & tunc non liberabitur debitor; sed poterit agere contra tertium ex *condit. indeb. solut.* cũ tùnc patientia, & præsentia creditoris non sufficiant, si expressè cum eo declaretur,solutionem illam fieri contemplatione crediti, tùnc facta dicta declaratione, esset in dolo creditor, qui præsens poterat contradicere, & non contra-

tradixit debitor, nàm per solam taciturnitatem non censetur approbata persona, cui soluitur, cùm possit ei solui ex alia causa, quàm, ex qua creditori debetur *arg. l. 2. in princ. ff. de Iudic. l. 1. §. proindè ff. si cred. sol. mod.* dixi, interdum enim negotia aliena geruntur, gerentis tantùm, aut domini causa, aut sui, & gerentis gratia animusque inspicitur, qua mente quis aliena tractat, quæ res, & cum quo animo. Tàm contemplatione personæ alterius, quàm suæ gerit quis aliena negotia, vt si contemplatione domini, vel Patris quispiam negotia peculiaria serui, & filij familiàs gerunt: nàm Patrem, aut dominum tantum obligatum habet de peculio *l. si pupi li §. sed si ego ff. de neg. gest.* vel si pupilli negotia gesserit mandato Tutoris, vel minoris, mandato curatoris: nam hoc ex mandato habet obligatum Tutorem, vel Curatorem, sed negotiorum gestorum causa etiam pupillum, & minorem *l. qui pupillo C. de negot. gest. d. l. si pupilli*, quare quando quis alienum negotium, aut suum tractauerit, non nascetur vtrinque negotiorum gestorum obligatio: si tamen, vt alienum, & suum è contrà *l. si pupilli tui. §. si quis ità simpliciter ff. negot. gest.* nèc interest, an sciente, vel ignorante domino, negotia eius quis administrauerit *l. ignorante ff. de negot. gest., & l. 2., & l. si negot. ff. eod.*

34 Quod non erit deteriùs in actu tacitæ societatis contractæ nomine Pupilli: cùm & si Pupillus societatem contrahere non valeat *Anch. cons. 60. num. 2. Menoch. cons. 12 num. 11. lib. 1. per text. in l. Titium, & Meuium §. aliter ff. de administr. Tutor. Bald. in l. si Patruus nu. 13. vers. si verò vnus negotiatur C. comm. vtr. Iud.* quamuis de eius tractetur vtilitate *Alex. cons. 49. in princ. in fine lib. 1. Surd. cons. 9 num. 51.*, tamèn Tutor benè potest societatem contrahere, & illa non potest nulla declarari *l. vt in conductionibus ad finem ff. pro socio, Alciat. præsumpt. 25. num. 2. reg. 1. Ceph. cons. 483. num. 16. lib. 2. Corn. cons. 1. in fine num. 8. lib. 1. Ias. in l. 1. col. 2. post princ. vers. limitatur C. qui testam. fac. poss. Mantica de tacit. lib. 6. tit. 13. num. 6.* non tantùm expressè, sed tacitè consentiendo, vt de Matre Tutrice declarat *Dec. cons. 21. viso puncto in princ. vers. non obstat quod inter eos, Petrus de Vbaldis de duob. fratr. vers. circa tertiam partem principalem col. 1. ad med. vers. si verò Pupillus habet Tutorem num. 5. tomo 6. parte 1. Bald. ad Bart. in cons. tract. col. pen. in princ. vers. itèm dicit, quod si vnus num. 8. Mantica de tacit. tit. 26. lib. 6. num. 25. ad fin. Ripa responso 14. num. 12. de oblig. col. 2. Alex. cons. 132. num. 2. vol. 5.* maximè si societas contrahatur super quæstu, & fructibus: cùm vnus sociorum posuit operam, Pupillus verò capitale, quo casu non fit communicatio capitalis, neque dominium transfertur, ità vt etiàm in dubio potiùs intelligatur in societate positus vsus rei, quà res *Bald. in l. 1. quæst. 2. ad med. vers. sed respondetur, quod non est verum num. 4. C. pro socio, & ibi Soccin. in princ. per text. in l. cum duobus §. in coeunda ff. pro socio Bald. cons. 61. in princ. lib. 2.* ex quo vsura dici non potest, quod in lucro percipiet ponens operam non in capitali *Rota Ian. decis. 159. in fine*, opera enim ponitur loco interessurij medij temporis ipsius pecuniæ, non autem loco sortis, & sufficit quod proptèr capitale, & illo mediante, possit sperari lucrum absque eo, quod operam præstans nullam partem lucretur de capitali *Alex. cons. 131. num. 3. post med. vers. nèc obstat secundum lib. 5. sequitur Grat. discept. forens. cap. 360. sub nu. 10. & 11.*, & hanc opinionem etiam post *Manticam, & Menoch. sequitur D. Hodierna contr. forens. cap. 22. sub num. 5.* dicens *sub num. 7. ex Dec. d. cons. 2.*, posse societatem initam cum patre continuari cum pupillo habente Tutorem, concurrentibus requisitis, de quibus supra.

35 Quod adeo verum est, vt nèc aliqua requiratur sollemnitas statutaria ad illam solemnizandam, prout aliàs requireretur de eius dispositione in contractibus minorum, quia tùnc stante pupilli vtilitate, cessant, ex quibus leges occurrere noluerunt: & proindè contractus erit validus *Decian. respons. 121. num. 55. lib. 3. Dec. cons. 330. Ruin. cons. 161. num. 3. lib. 3. Tiraq. de legib. connub. l. 16. gl. 8. num. 36.*, & prout in societate

offi-

officij contracta ad commodum Pupilli decisum testatur *Rota Romana coram R. P. D. Ludouisio Roman. in vna societ. offic. 12. Nouembris* 1610.

36 Extenditur, vt talis societas tacitè possit etiàm contrahi cum eodem Pupill. Tutore ad commodum ipsius Tutoris, quando palam, & bona fide cùm pupillo pubere, vel maiore infante contrahitur (quicquid sit in Pupillo infante nesciente fari) secundum *Surd. cons. 9. num. 49. vers. apparet igitur ex præmissis lib. 3.*, & si persona socij debeat esse distincta à persona Tutoris, & non valeat contractus illius gestus cùm pupillo *Surd. d. cons. 9. num. 5. 6. 7., & 39. lib. 1. Gratian. loco cit. num. 17., & 18.* vbi dicit probandam hanc bonam fidem, qua cessante, cessat societas, sicuti probat *Mantica de tacit. lib. 6. tit. 17. sub num. 9. vers. sed aduertendum est*, affirmans, quod si frater maior solus sit Tutor fratris, vel nepotis pupilli, societas non potest intèr eos intelligi contracta, quia Tutor pro se

37 ipso non potest suam interponere authoritatem *l. 1. ff. de auth. Tutor.*, & non potest dici reciproca facta communicatio: cùm intèr dantem, & accipientem debeat intercedere distinctio personarum *cap. vlt. de instit. l. vlt. ff. de stipul. seru.*: vndè dicit ipse *sub num. 16. vers. Il-*

38 *lud verè*, quo ad contrahendam societatem tacitam intèr pupillum, & Tutorem non dùm requiritur bona, & publica fides, sed etiam Contutoris authoritas, vt detur terminus à quo, & terminus ad quem, & è conuerso pluralitas personarum in contractu societatis requisita, secundum *Bald. in l. cum ipse in princ. C. de contrah. empt., & Petrus de Vbaldis de duob. fratr. parte 3. num. 8. Decius cons. 21. num. 1. vers. cùm intèr Pupillum, & Tutorem*: cùm ea ratio contutoris authorizantis contractum ratione exigentiæ eius authoritatis cesset, quemadmodum cessat & statutoria dispositio semper, quod de fauore minoris infante negotium agitur, vt supra probauimus, non minùs si tres essent fratres, quorum duo sunt maiores; altèr verò pupillus, & alter ex fratribus maioribus Tutor sit, qui nomine proprio, & pupilli communicat alteri fratri, qui similitèr eis conferat omnia quæsita, ex redditibus, & donationibus, nulla reddita ratione, quia frater Tutor, ipso facto, censetur præstare authoritatem Pupillo ad contrahendam eiusmodi societatem non tantùm cùm fratre non Tutore: sed cùm eodem fratre Tutore.

Nèc obstat, quod respectu fratris Tutoris non poterat authorizare ipse in rē suam *d. l. 2. ff. de auth. Tutor.*, quia pupillus post pubertatē potest societatem, quæ sibi vtilis est, ratam habere, ad iura supra posita, ex quibus firmat ipsemet *Mantica loco cit. in fine*, ergo quam disparitatem assignare potuit *Mantica*, quando ipse fatetur, contrahi non posse societatem intèr Pupillum, & Tutorem, cùm deficiat persona authorizans, vt fatetur *num. 10.*, si postmodum subiungit, posse intèr pupillum, & Contutorem societatem contrahi, accedente etiàm adhùc persona, benè dicere potuisset cùm adiuncta persona societatē contrahi posse, sed non cùm Tutore; quia respectu ipsius non est alia persona, quæ authorizare possit, igitur si postmodum fatetur, posse societatem contrahi intèr fratres maiores, quorum vnus est Tutor, etiàm respectu illius fratris, qui est Tutor, & alterius fratris Pupilli, necesse est, vt fateatur in omni casu societatem contrahi posse intèr pupillum, & Tutorem, accedentibus bona fide, & vtilitate Pupilli, ex ratio-

39 ne fundamentali, quia & si Pupillus non possit perdere absque authoritate Tutoris, potest benè sibi acquirere, & meliorem suam conditionem facere, quæ eadem erit, & si faceret cùm Tutore, quàm si cùm extraneo.

40 Ex quibus colligit *Grat. d. cap. 360. sub num. 19. & seq.* etiam Pupillum obligatum esse ex contractu Tutoris, cuius nomine fuit celebratus, non minus, ac si ipse contraxisset *l. apud Iulianum. §. pen. quib. caus. in possess. eat. Paris cons. 99. num. 38. lib. 1. Surd. decis. 297. num. 5.*, & tenebitur ciuilitèr, & naturalitèr, dummodo promissio sit facta de re, cuius alienatio non sit interdicta, quia tùnc nèc ciuilitèr, nèc naturalitèr obligaretur sine decreto *l. si ad resoluendam C. de præd. min. Bald. in l. 1. num. 7. in fine ff. de transf.*

transf. vndè etiam dici poterit, posse Tutorem obligare personam pupilli, quicquid Pater in actione personali filij nihil habet agere *Aret. in §. Pupillus num. 3. & 4. instit. de inut. stipul.* nàm Tutor supplet animi Iudicium, & proindè Pupillus in ea parte, quæ confirmata est Iudicio Testatoris, intellectum habere videtur *Syluest. instit. de auth. Tutor in 3. not. num. 5.*

41 Et si Tutor (*Grat. sub num. 23. loco cit.*) potest personalitèr obligare pupillum etiam cum obligatione cammerali, secundum *Bar olo opinionem in tract. de carcerato vers. 4. quaero nunquid pupillus col. 2. in princ. num. 7.* vbi tenet, quod pupillus doli capax potest carcerari etiàm pro debito ciuili: licèt possit restitui in integrum, si in aliquo casu fuisset læsus per *text. in l. fin. §. atate C. de custod. reor.*, & assentitur *Ias. in l. neque impuberes num. 2. & 3. ff. de in ius voc.* extendens, quod impubes doli capax potest propter contumaciam mulctari, & excommunicari, quamuis haberet beneficium restitutionis in integrum, quæ opinio tametsi contrauertatur per *Canal. de debitore suspecto quaest. 5. num. 3. tit. 3. p. 2., Bald. in l. 1. col. vlt. & ibi Salyc. quaest. 11. C. quib. mod. ced. pos. Roman. cons. 120. num. 3.*, & quod sit verior opinio testatur *Paris cons. 94. num. 4. lib. 1. Simoncell. de decr. min. lib. 2. tit. 6. inspect.*

42 18. *num.* 128. tamèn suprapòsita affirmatiua *Bart. in d. tract. de carcer. q. 4.* est communitèr recepta, tanquàm veriori iure fulcita in pupillo maiore infante, quia etiam curator ad lites poterit personalitèr obligare cum omnibus penis, & clausulis, quæ in huiusmodi dispositionibus solent apponi, pro vt latissimè improbat *Felin. cons. 15. num. 3. cum seq., & sequitur Grat. d. cap. 360 sub num. 28. Afflict. decis. 262. sub num. 2. vbi Vrsill. sub num. 1. Abb. in cons. 29. nu. 4. vol. 2.* asserentes, infantem maiorem septennio citari posse, & quid agendum in infante minore septennio, vide eundem *Afflict. in loco cit.*, & post eum ibi *Vrsill.* dummodo constet vtiliter negotium gestum fuisse pro pupillo, & pecuniæ acceptæ sint in eius vtilitatem erogatæ *l. Tutor in principio ff. de pign. act. l. 3. & ibi gl. in verbo personalis C. quando ex fact. Tut. vel Curat. l. ex facto §. plane ff. de pecul. Thes. Iun. quaest. forens. lib. 3. quaest. 14.* cùm Tutor non possit rem in damnum pupilli facere, sed vtilem sic *D. Consil. Hodierna ad Surd. decis. 297. in fine*, quod idem est in Ecclesia *au h. hoc ius porrectum C. de sacr. Eccles.* & in Ciuitate *l. Ciuitas ff. si cert. petat. & notat gl. in l. 3. in verbo personalis ad cred. cum concord. adductis per Grat. loco cit. sub num. 30. & 31.*, & an, & quando debeat esse curiosus mutuans pecuniam vniuersitati, Ecclesiæ, & Pupillo, vt pecunia conuertatur in eorum vtilitatem

43 & quid in alijs contractibus præter mutuum, vide *Montan. super pragm. de administr. Vniuers. sub num. 128., & seq. Grat. loco cit. num. 32. & in cap. 279. num. 9. vide D. de Martin. resolut. quotid. lib. 1. cap. 77. Gizz. ad D. Capyc. latro obser. decis. 116. D. Staib. resol. 38. Episc. de Afflicto contr. iur. resolut. cap. 13. & 14. D. Altim. obseruat. ad D. Rut. obseruat. ad cos. 46. vol. 1. D. Donad. de renunciat. lib. 2. cap. 34. à num. 28. vsque ad finem.*

44 Colligitur secundo, quod is, qui habet mandatum ad obligandum aliquem non requiritur, quod specificè cõtrahat procuratorio nomine, & quod eius expendat nomen, sed sufficit si fiat cõtractus sub expressione nominis proprij, si tamen in ventre contractus causam eiusdem exprimat, quæ respicit ipsum mandantem, quia per expressionem causæ contractus recipit influxum ab eadem causa expressa, & causatur, ad illum, ad quem causa exprimitur, secundum *Bart. in l. si Pupilli §. 1. num. 4. in fine ff. de neg. gest., & in l. post mortem §. 1., vbi gl. in verbo rectè recusat ff. quando ex f. cto tut., & in l. pan. vbi etiam Ias. ff. si quis caut. Alex. cons. 40. num. 5. vol. 5.* cum alijs, de quibus apud *D. Rouit. cons. 44. num. 1. vol. 2.*

Sic etiam si causa influeret societatis gratia: nàm tùnc is, cuius nomen expenditur, tenetur creditoribus, qui non sint eius fidem sequuti, societatis pacta, & conditionem exquirere non tenentur, pro vt generali consuetudine Mercatorum testatur *Rota Gen. decis. 2. num. 45. decis. 30. num. 5., & decis. 46. num. 4.*, quod

Digitized by Google

quod quidem tacitum mandatum sociorum sufficit, vt omnes insolidum conueniri possint, quando creditor secutus est omnium fidem *Bald.cons. 263. initium contractus ad finem num. 3. vers. illud etiàm aduertendum. lib. 5., & in l. cùm te in Gallia 9. ad finem vers. aut propria voluntate*, vbi per *Salyc. in fine C. si cert. petat. Paris cons. 93. num. 4. vers. ad 7. lib. 1.*, ratio est, quia vnus ex socijs potest alterum etiàm insolidum obligare, ne in plures distinguatur, qui cùm vno contraxit, & quia omnes inuicem videntur propositi societati, latius *Grat. discept. forens. cap. 239. num. 1. Mantica d. lib. 6. tit. 22. in fine D. Praeses Merlin. contr. forens. lib. 2. cap. 51. sub num. 4. Caroc. decis. 118. num. 11. Rota Gen. decis. 185. nu. 1. & 2.*

45 Quod extenditur etiã adhùc si obligatus socius nõ fuisset; sed solummodo negotiationi praepositus, adhùc tanquàm institor, & exercitor tenetur, vt notatur in *l. 1. §. est autem de exerc. act., & in l. 1. §. si autem de instit. l. licèt §. possumus ff. naut. caup. stabul. l. sed, & si pupilli §. fin. de instit. l. eum, qui de const. pec.*, caeterum executio fiet super bonis societatis, vel proponentis, non autem institutoris, *Bald. in d. l. fin. in noua addit. col. vlt. in princ. ff. de instit. Pereyra decis. 40. num. 8., & 9. D. Merlin. d. cap. 51. sub num. 15.*: nisi alitèr contractum fuerit, quam id, ad quod eum proposuit proponens; & in ea causa ratione symboli intèr institorem, & procuratorem, probat *Petrus Gregor. Tholos. syntagm. iur. ciuil. Vniuers. lib. 29. cap. 12. sub num. 4.*, & in hoc non excusatur cõtrahens si ignorat sub qua forma, & lege fuerit institor propositus, & contrahit, forma, vel lege praescripta non obseruata, vt post *Dec. & Par. in locis ab ipso cit. fatetur Mãtica d. cap. 22. num. 9. Costa de Por. Rata quaest. 43. num. 7. Giurba decis. 88. num. 15. Aneb. cons. 332. num. 4. Cacher. decis. 150. num. 8., & 9.*, nisi adesset sanguinis coniunctio *l. de tut. C. de in integr. restit. min.*, ibi, *quàm sanguinis proximitas arguit D. de Franch. decis. 52. num. 2. Costa de fact. scient., & ign. inspect. 73. num. 9.*, vel nisi res societatis non reperiatur penès institorem, secundum *Pereyr. d. decis. 40. num. 8.* vtili tamèn actione, citrà praeiudicium directae aduersus dominum competentis, quod secùs est, secundum opinionem, quam sectatur *D. Merlin. d. cap. 51. num. 18.* in simplici institore, qui tùnc pecunia administratori, vt tali censeatur credita contemplatione domini, ipse remanet obligatus, maximè finito negotio, allegat *Bart. in l. si pupilli §. item si Procuratori ff. de negot. gest. & in l. Procurator, qui ff. de procurat.*

46 Ratio est, quia institoria actio datur propriè in eum, qui proposuit institorem ex praetoris edicto *l. si quis Mancipijs ff. de instit. act.*, quia iure ciuili receptum non est personali agere contrà eum, qui nobis non est obligatus, vel qui nobis non contraxit, *§. 1. instit. de act. l. si vnus §. ante omnia ff. de pact.*, & in hoc symbolizatur cùm societate: nàm si plures proposuerint, datur contrà omnes; vel in alterum insolidum, *D. Aloysius Mansi consult. 57. num. 17. fol. 455.* exemplo exercitorum, & de peculio *l. habebat §. fin. & l. idem erit ff. de instit.* dummodo si dominus proponens non mutauerit, vel prohibuerit, nè amplius cùm tali institore negotietur, & prohibitionem, nouationemque denũciauerit: tùnc enim si alitèr sit contractum, non ipse dominus, sed institor tenebitur *l. si quis cùm filio fam. & l. seq. ff. de pec.*, vel dominus, alia ratione scilicèt de in rem verso, vel quod iussu, vel de peculio *l. intèr causas ff. mand. §. rectè instit. eod. tit.* explicat elegantèr *Petrus Gregor. Tholos. syntagm. iur. ciuil. Vniu. d. lib. 29. cap. 12. sub num. 5.*, quia prohibitione cessante, semper durat facultas conueniendi proponentem, vt neque eius morte censeatur institor reuocatus, & si alitèr sit in alijs mandatis *l. nouissimè de instit.*, quare actiones istae perpetuae sunt, & haeredibus, & contrà haeredes dantur *l. cuiuscumque §. idem ait ff. de instit.*, & pleniùs diximus *in tract. de hared. act. lib. 1.* at quando institor dicatur tacitè institutus, vide *D. Reg. Galsen. contr. iur. lib. 2. cap. 70. per totam*, in qua legitur de causa Petri Maristgalli cum Philippo Macigno, qui fuit Vicarius Generalis D. Michaelis

lis Angeli Baglioni Marchionis Terræ Morconi.

47 Collige tertio, quod socius non obligatur nisi pro rata eius portionis, quam habet in societate, *Rota diuers. decis.* 132. *num.* 5. *par.* 1. hoc tamèn intelligitur respectu ipsorum sociorum, quorum vnus alteri tenetur pro sua dumtaxàt parte, respectu contrahentium cum socijs, quo casu insolidù obligatio procedit, prout sic est intelligendus *D. Merlinus d. cap.* 51. *num.* 21. nèc audiendi sunt *Ger. Spin. cons.* 10. *n.* 21. *& 22. & Gaspar. Thes. lib.* 4. *quæst. forens.* quia sic concordantur opiniones, testatur *Castr. cons.* 243. *lib.* 1. & declarat etiam *Menoch. cons.* 410. *n.* 42. *& 54. vers. dixi inquam hoc procedere to.* 5. *Mantica d. lib. 6. tit. 22. in fine, Rota Romana decis.* 176. *n.* 8. *& decis.* 57. *n.* 7. *&* 8. & sic decisum *in Rota Romana coram R. P. D. Ruberio Romana pecuniaria, seù Massa* 8. *Febr.* 1585. testatur etiam *Grat. d. cap.* 279. *sub n.* 9. ratio est, quia debita, & credita societatis in communi non dicuntur debita, & credita sociorum in particulari, vt post *Magon. decis. Lucens.* 1. *sub n.* 31. *Ioan. Bapt. Costa de remed. subsid. remed.* 114. *n.* 14. *& Socc. cons.* 37. *num.* 10. asserit *Dom. Rouitus d. cons.* 44. *sub num.* 3.

48 cùm quando societas alicuius negotiationis constat pluribus nominibus diuersorum sociorum, nomen ipsius societatis est diuersum à nomine cuiuslibet ex socijs, & è contrà nomen cuiuslibet ex socijs est diuersum à nomine societatis, vt *Bald. testatur in l. eius, C. de expens. n.* 5. *vers. extra quæritur Rota Gen. decis.* 10. *num.* 16. *vers. dicebat etiam, Rota Luc. decis. diuers.* 49. *col.* 3. *vers. additur.* Vndè quando negotium ad vnum principalitèr spectat, alij tanquam correi videntur intercessisse tanquàm fideiussores, illud intelligitur intèr ipsos reos, vt scilicèt, illi, ad quos nõ spectat negotiũ, non possint agere tanquàm fideiussores contra illos, quorum negotium gestum est, vt consequantur ab eis indemnitatem: aliud enim est quoad creditores, quorum respectu omnes habentur tanquam principales, non vt fideiussores, quasi quilibet ipsorum intelligat se principalitèr obligare: nisi expressè actũ fit etiam respectu creditorũ sint fideiussores, *Surd. cons.* 20. *in fine num.* 27. *Natta cons.* 51. *n.* 6. in quo casu quod fit contrà vnum alteri etiam noceret, probat *text. in l. fin. C. de duob. reis*, prout in *Senatu Cathal. de anno* 1644. 27. *Nouembris* decisũ testatur *Fontanella d. claus.* 4. *gl.* 18. *par.* 5. *sub n.* 47. quod intelligit *sub n.* 48. quando peteretur totum debitum, non quando peteretur pro rata vnum debitorem tantùm cõstringente, quia tùnc creditor censetur voluisse actionem diuidere, iuxtà tradita per *Cost. de port. rat. q.* 130. *Ann. Rober. rer. iudic. lib.* 4. *cap.* 7. adde *Afflict. decis.* 142. & ibi *Vrsill.* concurrentibus scilicet quatuor requisitis: nempè

49 primò, quod soluat debitor partem suam tantùm, & non plùs, & tanquàm suam, secundo, quod creditor recipiat de parte principali, & non de vsuris. Tertio, quod non sit dictum, saluo iure solidi, & demum quarto, quod omnes creditores sint soluendo, *Vrsill. loco cit.* alia adducens notabilia: Vndè in omni ea parte sociali creditori hypothecata reperta penès quemlibet consocium, etiam facta diuisione societatis, poterit creditor agere, non obstante diuisione prædicta, vt elegantèr post *Manent. decis. Mant.* 25. comprobat *D. de Luca obseruat. ad D. de Franch. cent.* 1. *obseru.* 77. *sub n.* 2. quid si creditor habens viam executiuam, & conueniat suum debitorem via ordinaria, an possit postmodum redire ad viam executiuam, vide *Cenc. tract. de censib. quæst.* 95. *num.*

50 Collige quarto, quod si ego de mandato Titij soluo mille creditori Sempronij, ex tali vnico solutionis actu duas mihi paro actiones contrà diuersas personas: nàm contra Titium, de cuius mãdato soluo, acquiro actionem mandati, contra Sempronium actionem negotiorum gestorum, prout comprobat *text. in l.* 3. *§. fin. ff. de neg. gest. l. si mãdatum, C. eod.* quæ iuxtà ad id in specie expendit *Rota Gen. decis.* 123. *n.* 3. testatur *D. Rouitus d. cons.* 44. *n.* 4. Vndè hæ duæ actiones non impediunt se per concursum, nèc quoad natiuitatem, nèc quoad exercitium, non quoad natiuitatem; Quia tametsi mandati actio, quotiescumquè competat, impediat

pediat natiuitatem actionis negotiorum gestorum, vt *in §.1. in princ. vers. quippè instit. de oblig. quæ ex quasi contr. nasc.* id intelligitur, quando ab eodem, cuius negotium geritur, intercederet mandatum: secùs si mandatum sit alterius tertij, prout probat *gl. in d. §. 1 in verbo mādatum*, & conueniunt *Doct.* inibi, & *in d. l. si mandatum.* Quoad exercitium multo minùs: cùm *Doct. omnes in d. l. si mandatum*, colligant notabile ex eo textu: vt scilicèt mandatum tertij interueniens non impediat actionem negotiorum gestorum intèr dominium, ad quem negotia pertinent, & gerentem; igitur tale exercitium negotiorum gestorum non erit subsidiarium, aliàs vtique impediretur, & proindè poterit exerceri recta via contra Dominum, ad quem negotium spectat: etiam non discusso mandante, prout elegantèr tradidit *Bald. in d. l. si mandatum in fine num. 1.* dicens, quod hoc casu actio negotiorum gestorum concurrit cùm actione mandati, & si concurrit, competit tanquàm in eodem subiecto concurrentes simul, & semel, prout clarissimè fuit decisum in *Rota Ian. decis. 154. n. 5. & 6.* vbi fuit recta via condemnatus is, ad quem negotium spectabat, nulla requisita discussione contrà mandantem *D. Rouit. dicto cons. 44. num. 6. in fine.*

51 Collige quinto, nàm obligatio insolidum non solùm procedit intèr socios, quando illi gerunt actus sociales per institores *l. si tamèn plures, ff. de exerc. act.* sed etiam quando per se ipsos, tùnc enim socij obligantur insolidum respectu contrahentium non pro rata tātùm, quia eadem ratio militat in vtroq; casu: nàm vnus socius symbolus sit institori ad alium obligandum insolidum: cùm censeatur propositus inuicem societati totius, & vnus est institor alterius, & tāquam fideiussor obligatur insolidum, nulla facta excussione cessāte inter mercatores *Menoch. cons. 410. n. 45. vsque ad n. 49. Rot. Ian. decis. 15. num. 16.* cùm alijs congestis *per Grat. d. cap. 279. sub nu. 45.* Vbi asserit contrària procedere, quando contraheretur nomine proprio, & non societatis, secundum *Natt. cons. 167. num. 1. & 3.*

Cæterùm in hoc non sufficit sola nominatio socij ad finem illum obligāndi tanquàm socium, quia cùm tale nomen latissimam habeat significationem, & is talis dicitur, qui aliquo modo incidit in communionem, vt suprà probauimus *in cap. 1.* attamen societas ordinata ad lucrum acquisitiuum, & obligatorium ea est tantummodo, in qua datur actio pro socio *Hect. Felic. de societ. in proem. n. 23. 28. & 34.* & in institore sentit *Fulg. in d. l. fin. ff. de instit. act.* & hanc vnquam induci, nisi sit lucri communio, vt obseruat *d. lib. 6. tit. 10. n. 60. Felic. d. cap. 1. n. 4. & cap. 14. n. 1.* quos citat, & sequitur *D. Merlin. d. cap. 51 sub num. 23.*

52 Collige sextò nàm si minor cōtrahat societatem cum authoritate Tutoris, tamen minor exercens mercaturam potest sine solemnitatibus obligari: cùm talis minor præsumatur industrius, & non indigere adminiculis conscientiæ consanguineorum, & Tutoris *Rom. cons. 318. n. 2. ad med.* ità & talitèr, quod tamesi in dubio non constet, esse contractum tanquam cum mercatore: tamen hoc præsumitur, & quod ètiam id sit verum mercantijs, vt post *Bald. in l. vlt. ad finem vers. in contrarium videtur n. 6. C. ad Maced.* firmat *Grat. d. cap. 279. sub num. 47.*

53 Collige septimo, quod si per actorem fuisset facta declaratio, quod vellet satisfieri de eius credito, & pro eiusdem crediti satisfactione ageretur contrà vnum ex socijs, tùnc producendo instrumentum ad finem probandi societatem, non poterit dici, quod approbauerit exceptionem concessam vni ex socijs per alterum consocium à debitis societatis, cùm hoc impugnauerit agendo contrà eum, & productio nunquàm nocet in illo, quod quis expressè reprobauit, prout in specie cōcludit *Surd. decis. 263. n. 3. in fine vers. reuocauit, tamen*, sequitur *Grat. dicto cap. 279. n. 26. & D. Hodierna ad Surd. d. decis. 267. per totam*, vbi multa exempla conducit ad casum, ex quibus declaratur illud de productione tituli inualidi ad excludēdam præsumptionem alterius tituli validi, iuxtà allegata per *Crau. cons. 134. n. 44. Ang. cons. 10. vol. 10. in princ. vers. item,*

item, *& aliter respondeo*, intelligit illud idem *Grat. loco sæpius citato sub n.*30. in productione volũtaria facta coram Iudice à parte, quæ præsumitur meliorem titulum producere, vt decisum penès *Rotam Romanam in causa Cremon. pension.* 3. *Decemb.* 1582. *de qua intèr decis. diuers.* 731. *n.*19. *par.* 1. non autem in editione coacta, quæ fit parti ad effectũ petendi Iudici, ex qua propterea non debet cessare præsumptio alteriùs tituli, tùm quia ista editio valdè differt à productione *Doct. in d. l.* 1. §. *editio, ff. de edend.* Tum etiam, quia productio ad vnum finem facta nõ præiudicat quoad alium, & diuersum, subdens productionem non inferre necessariò approbationem, quando de necessitate ad illam nõ trahitur, secundum *Surdi* sententiam, quam sequuta fuit *Rota Romana coram R. P. D. Pamphilio Valentia prætensa illegitimitatis* 14. *Maij* 1614. testatur *Capaq. decis.* 193. *n.* 5. *par.* 1. faciunt notata per *Castill. decis.* 22. *n.* 22. *Gabr. comm. cõcl. tit. de reg. iur. concl.* 35. adde *Donad. de renunciat. lib.* 2. *cap.* 50. *num.* 289. *& seq.*

Illud verò, quòd impugnans instrumentum contrà se productum non possit ex illo se iuuare, neque ex aliquibus capitibus in eo contentis, *ad text. in l. post legatum, ff. quib. vt indign. Aym. de antiqu. temp. par.* 1. §. *viso de verbis enunciatiuis n.*55. habet locum quando pars ex aduerso acceptasset impugnationem *gl. in cap. cum venissent in verbo obtulit, vers. dicas, quod aduersarius de eo, qui mittitur in poss. caus. rei seru. Ruin. cons.* 21. *n.* 6. *lib.* 1. *Felin. in cap. capitulum col.* 15. *in princ. vers. confirmatur lim.* 13. *de rescrip. in* 6. *Ceph. cons.* 152. *n.* 2. *lib.* 72. Vndè si ante partis acceptationem impugnans reuocauerit impugnationem, benè poterit iuuari actu impugnato, *Gabr. d. cõcl.* 35. *n.* 24. *Costa de re integra cap.* 71. *nu.* 8. quæ quidem reuocatio fieri potest in quacunque parte iudicij ante sententiã *Adrian. Neguss. responso* 78. *num.* 9. *&* 10. *Grat. d. cap.* 279. *n.* 36. *Donad. loco cit. sub n.* 279. qui alios citat, vel si impugnans in impugnatione succumbat, prout probant *Gabr. d. concl.* 55. *cum suis declarat. sub n.* 14. *& seq. Grat. d. cap.* 704. *n.* 40. 41. *&* 42. quicquid dicat *Donad.* qui alios præter à nobis allegatos adducit *loco cit. n.* 294. & dicemus infrà *in tit.* 4. *c.* 9.

Cæterùm, quod pendẽte iudicio discussionis in impugnatione, poterit impugnans se iuuari actu impugnato, stante declaratione non facta, & dubius est litis euentus, *l. quod debetur, ff. de pecul.* firmat *Grat. d. cap.* 179. *sub num.* 37. dicẽs *sub num. seq.* quod si non posset se impugnãs ex materia impugnationis fundare, sequeretur, quod succumbens postea in impugnatione grauaretur etiam pro secundo, prout patet, quando pendente appellatione super excusatione tertiæ tutelæ, si ille, qui appellauit eligatur ad quartam tutelam, potest se excusare à tertia, quam impugnat, quia si succumberet in illa, remaneret posteà oneratus quarta tutela: Vndè expectatur finis illius appellationis, *l. diximus in princ. de excus. tut. Anch. cons.* 16. *vers. non obstat, quod non possit*, vbi quod illa quæstio prima est præiudicialis ad istã: & proindè concludit *Grat.* ibi, *sub n.* 40. posse quem se fundare in incerta pendentia litis: licèt eam impugnauerit ex sententia *Imola in cap. ex parte Decani el* 3. *de rescript.* & *in cap. capitulum eod. tit.* quam *Gratian.* sententiam veram non existimat *Gait. de credito* ex relatione *Gabr. d. concl.* 1. *n.* 42. *& seq.* quia est fundata cõtrà iuris regulas, de quibus apud eundem *Gabr. loco cit.* ex quo, si pendente impugnatione, regula non operaretur, vt quis excludatur à cõmodo actus, quem impugnauit, quemadmodum finita impugnatione, & tùnc, aut impugnatio erit declarata falsa, & non prohibetur in ea quis se fundare, aut commodũ consequi ex actu, quem impugnauit, aut verò erit probata vera, & etiam non operatur regula; quia tùnc impugnans nõ excluditur ex eo, quia minùs sit impugnare, sed quia apparet, actum esse inualidum, & tùnc nullum fieri potest fundamentum: nàm quando impugnans obtinet in impugnatione non potest in illo actu facere fundamentum, nèc in illa instantia, nèc in alia contra eandem personam, vt per *Abb. in cap. gratum col:* 2. *vers. adde alium de offic. deleg.* vide *Giurbã cad. decis. n.* 11. & in hac copiosa materia ne discedas à *Gabr. loco cit.* qui plurib.

rib. ampliat. & limit. eum illustrat *Donad. loco cit. sub num.* 294. in quo bene dixit quoad pendentiam litis actus impugnati.

54 Collige octauo, quod si duo fratres habitant eadem in domo ad vnum panem, & vinum, inducitur inter eos tacita societas victus dumtaxàt, & vltra communem mensam se non extendit, quod quidem genus societatis hoc tantum efficit, vt vnus ab alio non possit repetere quod ex fructibus consumptis expendit, & ideò ad communionē proprietatis non intelligitur: nempè fructus extantes intelliguntur esse communes, sed eiusdem Domini permanent *Bald. in cap. 1. per illum text. §. si duo fratres aliàs cap. si duo fratres de fruct. de nou. benef. inuest. & in l. vlt. C. de collat. Alex. in l. ex duobus, n. 21. ff. de neg. gest. Anchar. in conf. 302. Rom. conf. 172. num. 4.*

55 *Angelus* verò *in l. vlt. C. de collat.* alitèr sentiens de hoc, sic distinguere conatus fuit, quòd aut scilicèt fratres communitèr, & promiscuè suis vtebantur bonis, & tùnc vnusquisque patrimonium suum intelligitur fratri cōmunicare, & proindè quod in communi conuictum fuit consumptum restitui haud debet *l. 1. vbi gl. ff. pro socio*, aut communitèr, & promiscuè non vtebantur suis bonis: sed separatim, quia nèc expressè, nèc tacitè fuerunt communicata, & tùnc fructus consumpti in vtilitatem alterius fratris eiusque familiæ, si sint magnæ æstimationis sunt restituendi ei, qui impendit, quia non præsumuntur donati *l. cùm de indebito, ff. de probat.* aut sunt modicæ existimationis, & tùnc ratione sanguinis censentur donati, & repeti non possunt arg. *l. si verò non remunerandi, §. idē Papinianus, ff. mand.* aut quis vult fructus consumptos repetere, quia eius frater maiorem habuit familiam, non potest, quia in dubio hoc actū, vt vnusquisque eorum virilem portionem impendat, aut vult eos repetere, quia dicit se expendisse vltra dimidiam, quàm impendere tenebatur, & tùnc potest, quia in singulari societate, si vnus plus, quàm alius impēdit potest repetere, *l. socium, qui in eo §. vlt. cùm l. seq. & l. socius pro filia cum gl. 1. ff. eod. tit. pro socio*, ità *Bald.* videtur firmare *in l. si patruus num. 16. com. vtr. iudic.* sequitur *Mantica de tacit. lib. 6. tit. 11. sub num. 16.*

56 Cæterùm non sic, secundùm *Manticam* promiscuè intelligenda est suprapositа doctrina, distinguentem intèr societatem inter fratres ab illa inter extraneos: cùm diuersum sit iudicium repetitionis impensarum factarum pro victu inter fratres ab illo inter socios extraneos, ex quo nullatenùs potest inter fratres impensum ratione victus, accedente tacita societate, repetere ab altероtro, quia, si etiam circumscripta societate; non potest vnus repetere quod impendit in alimenta alterius, ergo fortiùs accedēte societate, ratione maioris vinculi, quod magis stringit *cap. 1. de tregua, & pace l. per §. si verò, C. de adopt.* ratio scilicèt sanguinis, fauor alimentorū, & societatis ligamen, & sic in isto casu nullatenus, & nulla facta distinctione maioris, vel minoris impensæ, fieri non potest repetitio, vt elegantèr probat *Surd. de alim. tit. 6. quæst. 13. sub n. 2. & in præced. quæst. 12. sub n. 31.* alitèr est inter extraneos socios, in quibus tanta non cadit sanguinis coniunctio, & consideratur solum ius societatis, & sic intelligenda est doctrina *decis. in d. l. fin. C. de collat.* indistinctè tenens magnam impensam nèc repeti, quando facta est pro alimentis inter fratres, quia cùm ipse habeat contra se communem opinionē, de qua supra, & in specie eum reprehendit *Menoch. de arbitr. casu 127. n. 9.* substinetur eius dictum inter fratres socios; & an expensum à maiori fratre Clerico, vel *Capo di casa*, sit immune à functionibus fiscalibus etiam respectu alterius fratris commensalis laici cum dicto fratre maiore expendente, vide *Acat. Ripoll. var. resol. cap. 1. tit. de iurisd. omn. iudic. n.* & an frater laicus fiat immunis hospitandi ob priuilegium alterius fratris immunis, & priuilegiati, vide *Boer. decis. 213.* & an Doctores sint immunes ab onere hospitandi, & qui, & quomodo iudicatum per Regiam Cameram, vide *D. Rodocr. ad D. Reg. de Marin. cap. 167. ex pet. 7. D. Reg. Moles.*

57 Collige nono, quod ex sola cohabitatione, & communione redditum non

Digitized by Google

præsumitur cōtracta societas inter fratres, sed tantùm videtur facta communio fructuum, prout voluit *Aret. cōs.* 180. *num. 9. vol. 6. Ruin. cons.* 313. *Dec. cons.* 20. *n. 2. cons.* 451. *num. 1. & seq. Crauetta cons.* 399. *vol. 4. Menoch. cons.* 12 *num.* 19. *vol.* 1. quia prætèr habitationem requiritur vlteriùs communio lucrorum ad inducendam tacitam societatem *Petrus de Vbald. in tract. de duob. fratr. par. 6. n.* 24. *vers. secundo vero casu*, hoc magis, quando neuter negotiatur, etiam si paternā hæreditatem indiuisam possideant *l. ex parte §. filius ff. fam. ercisc und. cum concord. adduct. à Mantica d. tit.* 11. *sub n.* 11. nisi in actibus, qui fieri non possint citrà nomen, & ius societatis, inducta dicatur societas inter fratres, quæ faciliùs fit, quàm intèr extraneos, vt probat *Mascard concl.* 1415 *sub n.* 25. *& seq.* puta si inter nobiles, qui mercaturam quæstuariam minimè exercent, & tamèn quæcumque dona, salaria, & quæcumq; alia acquirunt in commune conferunt, vt ex pluribus, quos ipse inibi adducit, probat *Mantica d. tit.* 11. *sub n.* 13. *vers. sed contrarium*, & sic intellige quod dicunt Doctores: non scilicet induci posse societatem, si vnus frater negotiatus est, alter vero non, vel quia noluit, vel quia non potuit, secundum *Bart. in d. l. si patronus col.* 1. *vers. si verò vnus negotiatur Socc. iun. cons.* 24. *n.* 6. *vol.* 1. & quando vnus ex fratribus negotiatur, alter verò dat operam studijs, quod non dicatur contracta societas, notat *Menoch. d. cons.* 12. *num.* 11. *in fine*, vel si vnus esset Clericus, cui interdicitur negotiatio *cap. pen. & vlt.* & ibi *Doct. de vita, & honest. Cleric. Ludou. concl.* 53. *vers. vndecima coniectura*, quia si inter istos fratres communicantur dicta obuenientia, dicetur benè contracta societas, non obstante, quod vnus eorum non negotiatur, vel quia noluit, vel quia non potuit, *Anch. cons.* 202. *Ang. d. cons.* 112. *Socc. sen. cons.* 161. *n.* 6. *vers. de hoc clarè respondeo lib.* 2. quod multo magis est confirmandum, si is, qui nihil posuit in communi, exercuerit se in apotheca absq; aliquo sibi constituto salario, vt testatur *Paul. Castr. cons.* 183. aliàs secundùm *Manticam, Rota Romana decis.* 349. *lib.* 1. *in nouis*. Vndè concludendum est in eiusmodi collectione, siuè corollario, si is, qui non negotiatur solum contribuit redditus possessionum, nèc operam præstat pro communi commodo, non intelligitur contrahere societatem, quia quando facto societas contrahitur, illud esse debet promiscuum, & requiritur, vt vterque aliquid verè, vel fictè in societate conferat *Bald. cons.* 452. *n.* 2. *lib.* 3. & qualitas actuum, qui ex vtroque latere exercentur, declarat qualitatem, & modum ipsius societatis, prout, distinguendo qualitatem factorum, & contributionis, repugnantes opiniones conciliat *Petrus de Vbald. de duob. fratr. par.* 3. *num.* 13. *& seq.*

58 Collige decimo, & vltimo illud etiā, quod induci potest, quem ex aliquo actu potiùs ad distrahendam societatem, vel mandatum, quam ad illam, illuduè inducendam, inducendumuè: nempè quādo vterque ex fratribus negotiatur, si vtrique lucra in communi non conferunt, sed separatim conseruant, tūc nulla inter eos contracta societas intelligitur, quia isti sunt actus dissoluendi potiùs, quàm contrahendi societatē *l. itaq; ff. pro socio*, in hoc enim casu actus distrahendi, & dissoluendi societatem sūt symboli eorum contrarijs societatis, vt per locum à contrarijs allegat *Bald. in cons.* 452. *n.* 3. *lib.* 3. *Rom. cons.* 291. *num.* 4. & consequentèr sicut tacita diuisio præsumitur, quando duo rem communem longo tempore separatim possiderunt *l. itaque ff. pro socio.* Ita quando res proprias communitèr possiderunt, & communitèr negotiari cæperunt, tacita societas præsumitur, quia quod operatur propositum in proposito, idem operatur oppositum in opposito *l. si vt proponis C. de nupt. post Roman. & Socein.* elegantèr concludit *Mantica loco cit. sub n.* 10. sic etiam intelligas in mandato, quia sicuti gesta cùm procuratore vero non valent: nisi prius fecerit procurator fidē Iudici, & aduersario de mandato *l.* 1. *C. de procurat. l. si procuratorem ff. eod. tit.* sic & reuocatio mandati multo magis debet apparere vtriusque, ex reg. *text. in cap.* 1. *de reg. iur. l. nihil tàm naturale ff. eodem*, quæ mandati reuocatio an sufficiat si in-

si intimetur Iudici dumtaxàt, vel solum parti, altercatio est interDoctores ad inducẽdum actum validum, de qua apud *Arias de Mesa var. reso'ut. lib. 3. cap. 43. per totum*, vbi in specie *sub n.21.* fatetur hodie in foro esse receptum, quod quoties mandati reuocatio est facta apud acta, nulla alia intimatio desideratur, ex *Puteo decis.* 110 *lib.2. D.de Franch. decis.* 490.*n.2.&* 3.sic etiam obseruat *D.Carolus de Luca ad D.de Franch.obseruat.*490. *sub n.*3.& quid in procuratore ad negotia, consule dictum *Arias loco cit.* qui *num.2. vers. secundus casus vsq; ad finem dicti capituli* absolutam reddit hanc materiam, & an acta facta cum procuratore reuocato, non intimata reuocatione aduersario, sint valida, distinguit *de Luca loco cit. sub n.* 5. valere scilicèt contra reuocantem, & non in eius fauorem, & allegari an debeat, & probari legitima causa ad reuocandum procuratorem post litem contestatam, vide eundem *de Luca loco cit. in fine*, & quod non suffi: iat allegare impedimentum, nisi probetur, quod si illud non extaret, perfecisset negotium, *Rota Gen.* 174. *num.*13.*Roman.cons.*41. *num.*14. cætera symbola contractus, & distractus infrà in subsequenti tit. cap. vltimo habebis.

ARGVMENTVM.

Damnum quod vni ex socijs contingit an sit symbolum cùm damno mandatario contingenti quoad imputationem.

SVMMARIVM.

1 *Damnum contingens vni ex socijs an imputandum societati.*

2 *Socius damnatus ad aliquid an imputet in societate.*

3 *Syndici an imputent damnum, quod patiuntur ratione officij in eorum administratione.*

4 *Iniquitas Iudicis est casus fortuitus.*

5 *Appellare omittens est in culpa.*

6 *Damna contingentia vni ex socijs cum societate imputantur. Exemplum num.* 7.*&* 8.

9 *Damnum passum per unum ex socijs ex sententia iusta Iudicis non imputatur societati: secùs si ex sententia iniusta, & quare; oppositum in mandatario.*

10 *Causa impulsiua cur non inferat damnum communicabile, exemplum n.11.*

12 *Societatis de natura est, vt damna, & lucra communicentur.*

13 *Emptor an teneatur de euictione venditori.*

14 *Damnum sequitur possessorem.*

15 *Casus fortuiti, & non culpabiles conferuntur in societate.*

16 *Damna an computanda mandatori; quatenùs imputantur societati.*

17 *Mandatarius non debet sentire damnum in exercendo mandatum.*

18 *Casus fortuiti mandatario contingentes sibi, & non mandatori imputantur, & quare num* 19.

20 *Mandatum susceptum violans neg'igit duas res sacratissimas.*

21 *Societas inaequalis non est societas, sed alius contractus.*

22 *Mandatum & si ab amicitia originem traxerit; tamen non habet in se quid communicabile.*

23 *Mandatarius intendens explere mandatum, secundum naturam sui officij, sibi & non mandatori imputabit damnum contingens.*

24 *Socius non tenetur reddere rationem alteri socio aequalitèr ministrans, & num.*25.

26 *Socius sicut societatem exercere non tenetur in sui damnum, sic mandatarius mandatum explere non debet in sui periculum, & quare num.*27.

28 *Procurator sicut sumptus bona fide erogatos consequitur à Domino, etiam fine non adepto, sic etiam & socius ab alio consocio.*

29 *Oculi sociorum vnius fidelis oculus esse debet.*

30 *Socius, hares, & negotiorum gestor sunt symboli in expensis bona fide erogatis.*

31 *Expensa facta ab vno ex haredibus in re communi hareditaria non repetuntur*

Digitized by Google

*tur actione pro socio, sed familiæ arcis-cundæ, exemplum vide num.*32.*&* 33.

34 *Iudicium familiæ arcifcundæ de duobus constare debet,& differt à communi diuidundo. num.*35.

36 *Socius, vel litis consors quomodo imputabit expensas in re cõmuni erogatas.*

37 *Mandans an teneatur vt talis, vel Persuasor,vel vt Consulens in delicto.*

38 *Sumptus erogare in re, & propter rem, discrimen.*

39 *Procurator recuperat omnes sumptus, etiam si causam perdiderit.*

40 *Negotiorum gestor fulciens ædes Domini an teneatur de casu fortuito.*

41 *Consors litis expensas an repetat in causa diuidua; & quid in expensis necessarijs num.*42.

43 *Socius possidens rem stabilem communem quando tutè eam reparare potest.*

44 *Expensæ, quæ veniunt computandæ in iudicio.*

45 *Aduocatus, qui causam communem vicerit, an consequatur salarium.*

46 *Victor quando repetat expensas.*

47 *Mandatarius, & socius sunt symboli in detrahendis expensis erogatis in colligendis fructibus.*

48 *Procurator excedendo fines mandati suum principalem obligare non potest.*

49 *Socius,& Procurator sunt symboli in damno contingenti quando non docent se esse tales, quales se fecerint.*

50 *Socius, & Procurator sunt symboli in damno contingenti, quando vterque non sunt tales.*

51 *Socius, & mandatarius sunt symboli in compensatione culpæ.*

52 *Iniuria quando non est æqualis, magis inspicitur prouocans, quàm prouocatus.*

53 *Culpa maior non compensatur cùm culpa minori.*

54 *Socius, & Procurator sunt symboli in dissoluendo societatem, & mandatum respectiuè, non finito negotio.*

55 *Adimplementum societatis, & mandati quando transeat ad heredes.*

56 *Socius, & mandatarius sunt symboli in deducendis expensis ex fructibus, quos administrauerunt, & num.*57.

CAP. VIII.

1 IN computatione societatis, quando scilicèt computa redduntur inter socios; Quæri solet, an damnum contingens vni ex socijs imputari debeat societati, vel potiùs ipsi, cui cõtingit, quasi alter nullam culpam pati possit in damno illo contingēti alteri ex socijs, & solent profectò Doctores affirmare socijs omniũ bonorum, regularitèr dãnum imputari debere: nisi dolus, aut culpa socij
2 intercesserit. Ideò si socius omnium bonorũ ob iniuriatũ actionē aliquid præstiterit, id de communi cõsequi debet, si per Iudicis grauamen damnatus fuerit, si verò ob maleficium iustè sit condēnatus ipsius damno cedere debet *text. in l. cùm duobus alias si fratres, §. socium vniuersa vers. per contr. ff. pro socio*, & in administratore est *text. in l. ex conducto, §. si vis, ff. loc.* secùs in mandatario, nàm
3 dãna, quæ patiuntur Syndici ob insolētiam militum, & birruariorum non imputantur intèr Ciues, nèc de eis imponi potest collecta *Purpur. cons.* 428. & post *Gasbar. Thes. quæst. forens.* 93. *num.* 10. *&* 11. testatur *D. Rouitus decis.* 70. *in*
4 *fine.* Sunt enim casus fortuiti iniquitates Militum, & Iudicum, quorum imperitia, stultitia, & sordiditas faciunt etiam immunes esse venditores ab euictione per eorum iniquitatem passa, vt *in l. si per imprudentiam in princ. vbi gl. & Doct. ff. de euict. & l. exceptionem*, vbi abundantèr *Bart. ff. de fideiuss. Bald. cons.*
5 460. *in fine lib.*4. *Ruin. cons.* 171. *num.*7. *lib.*4. nisi sit in culpa, quia non appellauit *gl. in l. emptorem, ff. de act. empt.* quem sequuntur communitèr Doctores secundùm *Mangil. de euict. quæst.* 16. *sub n.*3.
6 Cęterùm non-infructuosè dignoscēdum veniet in præsenti speculatione, cur in societate casus fortuiti imputātur in societatem, prout affirmandum est in societate singulari, in qua si damnum, quod quis incurrit ex causa societatis sine dubio societati conferendum venit: veluti si vnus ex socijs ad merces comparandas profectus in latrones incideret, & pecuniam perdiderit,
7 ipseque, & serui eius vulnerati sint,

de res proprias amiserit, computat damna omnia cùm societate, *ad text. in d. l. si cùm duobus, §. quidem sagariam, ff. pro socio*, & similitèr quod in medicos impendit commune damnum intelligitur, vt ille statuit *text. ibi, sed si quis in medicos, vel si naufragio cùm non alitèr merces, quàm naui solita inuchi essent, commune damnum compatitur d. §. quidem sagariam vers. proinde*, aut resistens socius communibus seruis fugam erumpentibus, ab eis vulneratur, impensam, quam in curando se erogauerit, actione pro socio consequitur, secundùm *Iulianum*, reiecta *Labeonis* sententia, statuitur *in l. adeo, §. socius cùm gl. in verbo*
8 *Labeo, & in l. seq. ff. pro socio*, ac etiam ab hostibus, vel latronibus captus; cùm negotia societatis gereret, & pecunia se redimere coactus sit, id damnum societati imputandum est: nisi culpa sua id acciderit *Bald. in addit. ad Bart. in tract. de duob. fratr. num. 24. Petrus de Vbald. consim. in tract. par. 18. nu. 8. et 17. Alex. cons. 99. num. 8. vers. postremo lib. 2. Natta cons. 248. num. 1. Rimin iunior. cons. 166. num. 11.* & tùnc demùm imputatur damnum societati, quando sententia Iudicis est iniusta, quia casus fortuitus, secùs si iusta, vt supra diximus; Et in cæ-
9 teris contractibus, nempè in mandato, & venditione, & similibus totum cauetur contrarium: nàm etsi ex iusta causa damnum imputatur quãdo ab ea emerserit: secùs si ab iniusto principio fluatur *ad text. in d. l. si per imperitiam*, cùm concordantibus, de quibus supra.

10 Dicendum, quod in cæteris contractibus, ideò ex casu fortuito contingens damnum non computatur, quia in eis nulla assignari potest causa proxima, cuius contemplatione tale damnum inferri dicatur, prout in socio, secundùm *Petrum de Vbald. de duob. fratr. dicta par. 8. n. 1. col. 2. vers. secundo casu*: etiam causa mediata, & lõgingua tanquã nõ finalis,
11 sed impulsiua idẽ causat: veluti si socius proptèr societatem absens fuerit, & eius consanguineus instituit extraneum hæredem, quem non instituisset, si socius consanguineus præsens fuisset: aut si legatum ei propter absentiam non reliquit, vel si proprium patrimonium negligentiùs ministrauerit, vel sibi salariũ alterius, cuius officium amiserit, & similia, talia enim damna ceù remota à societate propria ipsius socij esse debent, nèc societati imputantur *d. §. si quis ex socijs, & obseruauit Petrus de Vbald. dicta par. 8. in princ. vers. quædam respiciunt quædam extrinseca*; in cæteris verò contractibus non est sic, quia in eis regularitèr verum periculum ad Dominum pertinet, & non est dare casum proximæ causæ in eis, nisi aliqua culpa, vel dolus intercedant *d. l. quæ fortuitis, & cap. 1. de commod.*

12 Tu verò in meliùs pensitando affirma, nempè, quòd de natura societatis est, vt lucra, & damna communicentur, & vt omnis fortuna prospera, & aduersa, quæ culpam non habet admixtam, communis est *l. 3. §. cùm specialitèr, & l. cùm duobus. §. damus, & d. §. quidem sagariam*, & *l. si fratres, §. socium vniuersa in d. versiculo per contrarium, ff. pro socio*, & cùm damnum dicatur à diminutione patrimonij, & rei familiaris, *Ruin. cons. 160. n. 4. vol. 5. l. 2. ff. de damn. infect.* & sic quodlibet damnum, quod contingit ex causa proxima vni ex socijs, quia contemplatur diminutio quæstus societatis, non est nouum quominùs imputandum sit societati, tanquàm correlatiuum ad eiusdem substantiam, & naturam. Quod
13 secùs est in cæteris contractibus: nàm euictio licèt sit de natura contractus venditionis, non est correspectiua ad vtrumque: quia emptor non tenetur de euictione venditori, & si teneatur, tùnc erit, quando iustè patitur, quia illa iustitia, quæ fit in iudicio euictionis, includit damnum vnius, & excludit damnũ alterius, quod secùs est, si fiat iniustitia, quia tùnc, ex quo non iustè remouetur damnum, quod iustè pati deberet, non potest fieri inclusio damni vnius, & exclusio damni alterius, sic in locatione, &
14 cæteris contractibus ex regula illa, quod damnum sequitur possessorem rei, in qua damnum infertur ratione casus fortuiti, intèr quos imputatur iniustitia Iudicis, & incursus latronum, & similia, vt supra diximus, per quæ diminuitur patrimonium possidentis. Est secùs, si socius iustè patitur, quia tùnc, ex quo

ex

ex illa iustitia culpa, vel dolus personæ socij cognoscitur, non est cur imputari debeat damnum iustè declaratum per Iudicem fuisse passum ex culpa personæ
15 socij societati: Cùm regula sit, vt casus fortuiti, & non culpabiles conferātur societati, ex quo non dicitur pati damnum: in cæteris contractibus verò totum oppositum obseruatur, in quibus casus culpabiles, & non fortuiti pensitantur, & hic est germanus intellectus contrariorum in causa.

Cæterùm non satisfacit respectu mādatarij: cùm mandatarius missus pro ne-
16 gotio mandatoris perficiens, vel agēs eiusdem negotia incidit in eadem infortunia, in quæ socius eodem principio, quo tenetur socius imputare damna passa occasione societatis explendæ, debet etiam habere locum in mandatario, quando patitur occasione mandati exercendi: cùm non possit dispar ratio intèr vtrumque assignari, quando in vtroque causa proxima est, vt ità fiat;
17 nàm mandatarius non debet sentire damnum in exercendo mandatum, text. est *in l. ex mandato, ff. mandati*, & è contrà debet equitare sumptibus mandatoris, prout socius sumptibus societatis quando gerunt negotia vtriusque: mandati scilicèt, & societatis respectiuè, vt patet in textu iuncta *gl. in l. idemque, §. idem Labeo*, ibi, *sed etsi ad vecturas suas dùm excurrit in prædia sumptus fecerit, puto hos quoque sumptus reputare etiam oportere*, prout est etiam in tutores *l. à Tutoribus, §. fin. ff. de admin. tut.* & sic in Syndico.
18 Et respectu casus fortuiti sibi, & non mandatori imputatur, vt est textus rotundus *in l. intèr causas, §. cùm omnia, ff. mandat.* ibi, *cùm omnia, quę imp nsurus nō fui: mandator non imputabit, veluti quod spoliatus sit à latronibus, aut naufragio res amiserit, aut languore suo, suorumque apprehensus quędam erogauerit: nam hæc magis casibus, quàm mandato imputari*
19 *oportet*, nec ratio à glosa assignata satisfacere potest, dicens, quod ibi agitur de iure fraternitatis, & quod *text. ille in d. §. non omnia* de curiositate non debet seruari, quia mandatum adhùc originē traxit ab officio, & amicitia, vt suprà dictum est, & est contractus excellentior cæteris contractibus *Bald. in rubr. ff. man-*
20 *dati in princ.* & qui susceptum mandatum negligit duas res sanctissimas violat, amicitiam, & fidē. Perditissimi enim hominis est simul, & amicitiam dissoluere, & fallere eum, qui læsus non esset, nisi credidisset, vt dicere solebat *Cicero in orat. pro Sexto Roscio Amer.* & sic glosæ interpretatio est mera diuinatio, quia cumque fortuitis casibus accidunt, cùm præuideri non potuerint, nullo etiam bonæ fidei iudicio præstantur, & Dominis obesse solent, *l. quæ fortuitus, C. de pign. act.* præter in casu iactationis mercium in mare ad euitandum commune periculum, qui est symbolus societati, vt notat *Costa de port. Rat. quæst. 5. sub n. 7.*
21 Ratio esse poterit, quia societas debet de sui natura esse symbola cùm lucro, & damno, & æqualari, & proportionari ab vtroq; aliàs ammitteret nomen, & substantiam societatis, & transiret in alium contractum: nempè mortui, vel depositi, & similium, per *Abb. cons. 77. col. 2. vers. nunquid*, vbi dicit, nunquid possit quis dare pecuniam suam mercatori, vt indè emat merces, & det sibi partem lucri, & dicit, quod non, si periculū spectet ad accipientem, quia videtur quidam contractus mutui, & proindè cum damnum, & lucrum regulentur à cōmodo, & incōmodo in substantia societatis, sicut è cōtrà, vt per *gl. et Doct. in l. planè, §. si duobus, ff. de legat. 1. et text. in l. Seio in princ.* & ibi *Bart. ff. de ann. legat. et in l. quoties. ff. ad Trebell. et in l. Nesennius, §. vlt. ff. excusat. tutor.* nō potest alitèr neque ex pacto, neq; ex euentu fieri, quin semper in societate damnum quoquomodo contingens imputari: cùm sit de essentia dicti contractus, vt *in l. si non fuerint, et §. de illo instit. eod. tit.*, vbi expresè dicitur, quod intèr socios dāna, & lucra debent esse ęqualia, nèc potest ex pacto induci inæqualitas, quando alter posuit plus industriæ, vel pecuniæ, & sic ex causa æqualitatis, & adequationis portionis, quàm vnus ex socijs habet in societate; aliàs videretur pactum infringi tanquàm contrà substantiam societatis appositum.
22 Quod secùs est in mandato, quod licèt

licèt ab amicitia originem traxerat: tamèn non habet in se quid communicabile lucri, & damni intèr mandatarium, & mandatorem,& sic damnum passum à mandatario est de accidentalibus contractus: prout etiam quodcumq; pactum circa dictum contractum, si fuisset appositum, quod non alterat substantiam contractus; secùs in societate, vt probat *Abb.d.cons.77.col.3.in princ.* Vndè non mirùm si damnum contingens mandatario sibi imputetur, qui sic suo periculo voluit secundùm naturam sui officij mandatum explere,cùm potuisset, si voluisset, vel non acceptare mandatum, vel si acceptare cùm ea lege, vt damnū sibi contingens ex causa dicti mandati spectasset mandatori, vt firmat idem *Abb.cons.77.col.2.in fine, Azor. lib.3. instit.moral.tit.de mandato cap.5.q.2.lit.F.* & sic contractus mandati cùm sit de numero contractuum, qui non patiuntur casū fortuitum, non potest nisi secūdùm communem regulam regulari, *Abb. in cap.cum quo constat n.4. de procurat. et in cap.cùm procurator de procurat.*

24 Adeo,quod in societate est talitèr naturalis hæc mutua compensatio damni scilicèt, & lucri, vt ex eadem confidentia non teneantur socij reddere rationem sibi ipsis ad inuicem, quando constat vtrumque æqualitèr administrasse proptèr quandam tacitam compensationem ex illa mutua administratione resultantem, *l.si ambo, ff. de compensat. Alex.cons.47.n.11.vol.1.& ad text. in l.verum,§.si cùm tres, ff.pro socio*, vbi singuli socij tènentur reddere rationem, quateuùs quisque administrauerit, *Socc. Sen.cons.24.n.36.vol.1.Ias.cons.4.col.3. Peregr.cons.95.n.11.col.3.Rota Gen. decis.161.n.2.& 3.et decis.183.n.5.et decis.169.* ex quo dicuntur omnes negotiari; licèt vnus plus tractet, alter verò minùs *arg. l.fin.ff.de fund. instruct. Ang. cons.185.col 6.*quia loquitur *text. in §.si*
25 *cùm tres*,quando vnus magis,quàm altèr administrasset, solus esset versatus circa ardua, solus claues apothecæ tenuisset,solus pecuniam in capsa dietim, & horatim depositam exportasset domi suæ, absque numeratione, vel sine computo,altèr verò læuia quidem tractare solitus esset, tùnc ex quo non sunt pares in administratione,cessat compensatio,nec pares culpæ, vel æquales negligentiæ, tùnc enim, qui solum administrauit nihil potest excipere aduersùs non ministrantem *Paris. cons. 146. n. 6.* excepta causa salarij ob pericula personæ suscepta,ob industriā, & proptèr labores toleratos; tametsi de mercede nihil esset conuentum, vel vt saltim maior pats lucri sibi attribuatur in compensationem laborum pro rata industriæ *Dec. in l.illud ad fin.C.de collat.Pac. cons.153. n.52.* & in hoc est symbolus commendatario, vt probat post alios *Fab. Golin. d.tract.par.5.cap.4.sub n.30.& seq.*dicēs ad quod in eo casu teneatur procurator,& ad negotia, & ad lites, vide quæ nouitèr ingeniosè obseruauit *D. Altim. obseruat.44.ad cons.44. de Reg. Rouit.col. 2.in princ.* secùs quando æqualitèr socij ministrassent: tùnc enim quando ad manus vnius plus peruenit ex mercibus,vel ex pecunia communi, quàm ad alterum, pro rata conuenitur actione pro socio.non autem vt rationem generalis administrationis reddat *Castr.cons. 126.num.1.col.2.prout comprobat etiam Bero cons.191.n.32.& 39.vol.1.*& sequitur sic consen iendo *Ioann. Bapt. Costa de portione Ratæ quæst.225.sub n.2.* quod ampliat, vt talis compensatio ex mutua, & in omnibus æquali administratione transeat quoque ad hæredes sociorum, ex *Doct.de super relatis*,concludens in fine, nihil esse repugnantiùs indoli societatis generalis,quàm redditiò rationis: immò vt statim competitur reddita ratio, subito cesset ius, vel prætensio societatis vniuersalis.

26 Vndè, posito hoc discrimine intèr damnum contingens in societate, & damnum emergens in mandato, vt deueniamus ad symbola intèr vtrumque, dicimus, esse

Primum, quod sicuti socius non debet damnum pati, sic etiam & mandatarius, vt supra probauimus, & voluit *D.Reg.Capyc.Latro consult.21.vol.1.*

27 Secundum erit symbolum: nàm si mādaui tibi, vt fundum mihi emeres,& postmodùm rescripserim ad te,nè emeres,& tu antequam scires, me vetuisse,

emeris, mandati sum tibi obligatus, nè officium suscepti mandati sit tibi damnosum, *l. si mand. assem, ff. eod. tit.* sic in socio, qui nō potest damnum pati, si emerit maiorem quantitatem rei sibi ad emendum commissæ, ante alterius socij prohibitionem, quia postquam empta fuerit tota quantitas ex communi nomine, non potest alter recusare, quin non vendatur communi etiam periculo, vt *in l. nàm, & Seruius §. si Vino, ff. de negot. gest. volnit Decianus responso 96. sub num. 44. col. 2.*

28 Tertium erit symbolum, quòd sicut procurator sumptus bona fide erogatos etiam sine negotij non adepto, quia non potuit, iudicio mandati ei repetit *l. salarium, §. sumptus, ff. mandat.* sic etiam in socio *d. l. si fratres, §. si quis etiā socijs, ff. pro socio l. socius, ff. eod.* vbi inquit *Caius socio etiam culpa minimè tenetur*, idest desidiæ, atque negligentiæ, culpa autem non ad exactissimam diligētiam redigenda est; sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem rebus suis adhibere solet, quia

29 qui parum diligentem socium sibi requirit, de se conquæri debet. Oculi sociorum vnus fidelis oculus esse debet, quia agitur de æquali vtilitate, de vna eademque causa damni, & lucri, de Sacrosancta Fide, de constanti forma, & perpetua veritate, & quod vidit vnus videat altèr, & eorum peccata maximè animaduertenda sunt, seuerèque coercenda: quemadmodùm non sic de facili præsumentur tecti esse ad alienos possumus intimi multa apertiora videant, necessè est, vt post *Tullium pro sexto Roscio Amerino*, pulchrè commendat *Garzia de expens. & meliorat. cap. 19. in princ.* socium verò cauere qui possimus, quem etiam si metuimus ius officij lædimus, rectè igitur maiores eum, qui socium fefellissent in bonorum virorum numero non putabant haberi appetere (subdit *Cicero*) vndè sicuti iura mandati sanctissima dimanarunt, vt suprà probauimus, sic etiam societatis vincula.

30 Sunt etiam symboli in eiusmodi expensis socius, hæres, & negotiorum gestor: nàm expensæ, quæ proptèr societatem contingunt, societati ex actione pro socio imputantur *d. l. si fratres, §. si quis ex socijs, ff. pro socio*, vbi *Papinianus* talia profert verba, *proptèr societatem profectus sit, veluti ad merces emendas, eos dūtaxat sumptus societati imputabit, qui in eam rem impensi sunt, viatica, et meritariorum, et stabulorum, et iumentorum, et currulorum vecturas, vel sui, vel sarcinarum suarum gratia, vel mercium rectè imputauit*, qui aduersatur *Labeoni in l. socium in fine, ff. eod.* vbi *Labeo* existimabat, socium, qui restiteret communibus rebus, vel seruis ad fugam erumpentibus vulneratur, impensam, quam in se, curādo, fecisset, non consecuturum actionem pro socio, idem esse de medicamentis expensis, quod de damno contingente socio proptèr societatem existimabat *Labeo*; dicens: sicuti socius, qui desit hæres instituì proptèr societatem, nihil cōsequitur actione pro socio eo nomine: ità, & qui proptèr societatem vulneratus est, quia damnum, quod proptèr societatem contingit non restituitur ex rebus societatis, nō distinguens *Labeo* causam proximam à causa remota, à quibus damnum contingit in societate, vt suprà diximus, & proindè rectè *Iulianus*, tùm animaduerteret viatica, imputari, & medicamenta, & quod medico datum est imputandum esse, tanquàm à viatici nomine, & alimenti non alienum, eas scilicèt, quas domi socius facturus esset, vt tanto minùs imputet in societate, quanto plus Domini consumpturus videretur.

31 Intèr cohæredes verò, quod impensum est in hæreditate, quæ communitèr possidetur etiam hæreditati imputandū est, non actione pro socio, sed iudicio familiæ ercisc. inter alios iudicio comm. diuid. *l. quibus casibus, ff. pro socio*, quo fit, vt ratio cohæredum sociorum, qui communem habēt rem, quod attinet ad nostrum institutum, symbola sit, cùm solo dumtaxàt diffidio, an tuendo partem communem, vel suam tantùm agendum sit, vel communi diuidundo, vel familiæ herciscundæ, vel actione negotiorum gestorum, in defendendo partem suam patet *in l. si communes ædes, ff. de negot. gest.* ibi, *quia potui partem meam ità defendere, vt socij partem defendere non cogere-*

cogeretur: sed quando impenditur pro defendẽdo partem etiam socij, sumptus repetuntur actione negotiorum gestorum, non verò actione pro socio, vt patet in textu *in l. ex parte ff. fam. ercisc.* cui non aduersatur text. *in l. qui aliena §. fin. ff. de negot. gest.* sed benè text. *in l. haeredes §. si vnus, ff. fam. ercisc.* ibi, *& omninò quae pro parte expediri non possunt, si vnus, cogente necessitate, familiae ercisundae iudicio locus est: cùm etiam verum sit adhùc in his, quae pro parte geri non possunt, datur*
33 *negotiorum gestorum actio, si sito, vel alieno nomine gestũ sit, videri possit, & d. l. qui aliena, §. fin.* explicat *Grat. d. cap. 19. sub n. 7.* quod causa indiuidua est, vt efficiat, actione negotiorum gestorũ subueniretur is, qui impendit, prout causatur *in d. l. ex parte*, in qua causa de totis bonis, quae ad omnes haeredes pertinebãt, suscepta est: ideò intelligẽdum, susceptam fuisse non agentis nomine; sed & haeredum, vt actio negotiorum gestorum competere potuisset, quod si solo nomine agentis intentata est, tùnc familiae ercifcundae locus datur, quatenus coheres magis expendisset, quàm aliàs pro se erat expensurus.

34 Familiae ercifcundae iudicium, vt patet *in l. idem Labeo, ff. eod* & aliàs diximus in *tract. de hared. act. lib. 3. quaest. 10.* de duobus constat: nempè de rebus, & praestationibus, vt probatur etiam *in l. fort: ff. si pars hared. petat.* ibi, *sumptus, qui propter onera socius hereditatis iusti fiunt, ei, qui patroni nomine portionẽ euicerit, pro rata computentur*: ideò *iudicio famil. ercisc. communicandi sumptus, quia fiunt mutuo heredibus, & ab heredib. d. l. idem Labeo*, verùm quotiescumq; res geri possit singularitèr, sẽper est locus actioni negot. gestor. si vtilitèr alieno nomine fiat, si proprio in iudicio fam. ercisc. ideò sumenda est distinctio ad conciliandas dictas leges, quod si omnium nomine causa sit defensa, competit actio
35 com. diuid. sed si proprio fam. ercisc. si magis sit expensum, quia ex natura eiusmodi actionis praetèr diuisionem haereditatis, praestationes quoq; mutuas habet *d. l. idem Labeo, & d. l. forori*, nã sicuti actio fam. ercisc. datur pro diuidenda tota haereditate, & est vniuersalis iudicij natura, necessitate, & effectu ad differentiã petitionis haereditatis, quae dari potest etiã pro vna re, vt abundantèr diximus *in d. nostro tract. de here d. act. lib. 1. qu. 8.* & ideò semèl dumtaxàt intentatur hoc iudicium, & si aliqua res haereditaria indiuisa remaneat, quia tùnc accedit et aliud remedium communi scilicèt diuidundo, vt satis sufficientèr probauimus *in d. nostro tract. loc. cit.* & proindè *in d. l. ex ex parte* nõ veniunt sũptus vniuersi, quia nõ est actum iudicio fam. ercisc. verùm pars petebatur actione communi diuidundo, vel alia particulari, & consequentèr si haereditas diuidatur, petitur sumptus, & expensae in eo iudicio deducuntur, & computantur intèr coheredes *d. l. idem Labeo, & d. l. sorori*: si verò de re particulari haereditaria agatur, tùnc vendicat sibi locum, *text. in d. l. ex parte*, vt is sumptus veniat, qui alias non erat haeredi facturus: Vndè si
36 socius, vel litis consors, qui suscepit litem communem tuendam, idcircò non plus expendisset, quàm si pro parte suamet iudicium sumpsisset, nullas deberi expensas, vt pro singulari habetur *in d. l. ex parte, Rom. sing. 653. incipit expendens, Rim. Iun. conf. 31. n. 33. vol. 1.* nàm nõ tenetur quis ad expensas factas pro re, vel occasione rei communis, nisi quas non fecisset pro re sua propria, vt in *textu in d. l. cum duobus, §. quidem ff. pro socio, & in l. verum ff. de verb. oblig.* ibi, *non altèr emancipaturus fuisset, & in l. non eundem, §. interdum, ff. de adilit. edict.* ibi, *cùm aliàs non fuisset expensurus, & in cap. tua nos in fine de Simonia*, ibi, *cùm essent eum aliàs admissuri, & in cap. consuluerit in princ. de vsur.* ibi, *quod cùm aliàs redditurus*, vt elegãtèr apud *Tiber. Decian. respõso 22. sub nu. 52. vol. 5.* rationem assignat *Decian.* inibi, nempè nunquàm fieri restitutionem ob aliquam causam, quando etiam, cessante dicta causa, idem sequutum fuisset, vt in *textu in l. is, qui Reipublicae, ff. ex quib. caus. maior.* vbi licèt absens ex causa Reipubl. restituatur, si quod contrà eum actum sit: attamen fallit, quando idem secutum fuisset, etiam si non adfuisset causa Reipublicae, prout per illum *text.* probat *Soccin. conf. 116. num. 4. vol. 4.*

Prout nèc etiam quis tenetur de consilio in maleficio, si is, cui datum est consilium omninò idem fuisset perpetraturus, etiam si consultus non fuisset, vt per *Ang. de malefic. in vers. Sempronium mandatorem q. 22. sub n. 43. Gram. cons. crim. 63. n. 12.* explicat iucundiùs *Ruin. in cõs.*

37 *6. per tot. vol. 5.* vbi habebis materiam explicatam, an & quando quis teneatur vt mandans, vel vt persuasor, vel vt cõsulens in delicto, & quomodo differat in specie consilium datum ei, qui aliàs esset facturus delictum, & ei, qui non esset delictum facturus, & quid in pari inimicitia, vel dispari, puta, quod interfectus non esset inimicus interficientis, vel è contrà, item vlteriùs in mora existens non tenetur de interitu, & si ea res omninò etiam apud creditorem fuisset peritura, vt *Doct.* probant *in l. quod te, ff. si cert. petat.* & sic etiam, si quis tenetur ad expensas victus, nõ tenebitur ad eas, quas creditor omninò facturus fuisset domi *Bald. cons. 363. n. 3. Crauetta cons.*

38 *725. n. 9.* Vndè habes, aliud esse sumptus erogare in re, quàm proptèr rem, cui ratio indiuiduitatis sententiam non mutat, vt probat *Costa de remed. subsid. d. quest. 122. num. 8.*

Restringitur supradicta conclusio quando succumbuerit cõsors litis in defendendo causam, quia tùnc sumptus etiam erogatos pro sua parte non repetit: cùm debuit præuidere, & præcauere antequàm ad causam defendendam arripuisset, *l. iàm tamen, §. in hoc, ff. ind. sol. Costa de port. ratę d. q. 122. num. 4.*

39 Quod declaratur, idem non esse in Procuratore, qui repetit omnes sumptus etiam si perdat causam ob præambulam Domini voluntatem, *l. etiam, C. mandat. Capyc. decis. 108. n. 4.* vbi declarat negotiorum gestorem, & fideiussorem de iudicatum soluendo non repetere sũptus litis, quæ habuit malum exitum, quia ex sententia posteà lata apparet non esse vtilitèr ceptum; dummodo non sit sententia euidentèr iniqua, & iniusta: quia tùnc bene repeteret sumptus, qui ex sententia iniusta exitum alitèr in se habet, quàm ex sententia iusta causa, vt suprà diximus *ex d. l. si per imprudentiã,*

40 vel in sumptu erogato extrà iudicium, veluti in negotiorum gestore fulciente ædes, quæ posteà aliquo casu fortuito ignis scilicèt, seuitiæ, vel terremotus impetu irruerunt, cùm sufficiat negotium semèl gestum fuisse vtilitèr, *l. sed an, §. 1. ff. de negot. gest. l. quid ergo, §. sufficit, ff. contr. uid. toll. & l. quod si seruus, §. vndè rectè, ff. de in rem verso.*

41 Declara secundo, nèc repetere posse consortem litis expensas, quando causa, quæ defenditur, est diuidua, tàm si agat, quàm si excipiat, *l. si vnus ex socijs, ff. de seruit. & rustic. l. 2. vbi gl. in verbo potest, C. de consort. eiusdem lit. Alex. cons. 186. n. 4. vol. 2.* quod extenditur in socio in extraiudicialitèr impendens in refectione parietis communis, alitèr non necessaria, quàm socius intendens altiùs tollere, facit ad maius parietis robur *Florianus in l. parietem, ff. de seruit. vrb. præd.* & sic iudicatum in Regia Audientia Apuleæ in anno 1583. testatur *Vin.*

42 *decis. 217. sub n. 3. vol. 2.* expensæ verò necessariæ repetuntur pro rata, si communi nomine factæ sunt, etiam sine protestationis præsidio, *Bart. in d. l. ex parte, Alex. cons. 168. n. 8. vol. 2. Polyd. Ripa obser. c. 75. n. 29. Papon. arrest. lib. 2. tit. 3. arrasto 1. & 2.* quemadmodum obseruatur in cæteris expensis factis per vnum socium in re cõmuni, vt supra diximus.

43 Et proindè aduertit *Vin. decis. 217. sub n. 5.* quod habens rem stabilem communem cùm altero socio, quæ egeat refectione, & reparatione, ipse socius requisitus, interpellatusque remaneat contumax, & obstinatus, si eo casu in præsenti restauratione siue refectione necessaria erogaret eroganda in totum de pecunia propria, & socius intèr quatuor menses recusasset soluere, & partem restituere, ammittet proculdubio dominium partis suæ, & ipsi socio restauranti applicetur, *l. si vt proponis, C. de ædific. priuat. commun.* communitèr *Doct. tàm in l. quidam Iberus, ff. de seruit. vrban. prædior.* quàm *in l. admonendi, ff. de iure iur. Crem. sing. 98. Surd. cons. 43. n. 19. Maranta in suo Aureo Speculo par. 4. dist. 9. n. 102. Costa de iur. & fact. ign. cent. 1. distinct. 29. n. 7.* cùm tamen distinctione, si rem, vel sumptus maluerit, *Grat. d. cap. 19. sub n. 14.* vide *D. Reg. Rouit. decis. 30.*

Decla-

Declara tertio in expensis appellationis prosequendæ gratia factis ab omnibus temerè interpositæ, quia tùnc expensæ per vnum tantum factæ solui debet indistinctè pro rata: cùm omnes sint in culpa, & in eadem causa, *Popon. d. arresto 2.* quem sequitur *Ioan. Bapt. Costa dicta quæst. 122. sub num. 10.*

44 Declara quarto, vt illæ dumtaxàt expensæ sint computandæ, quæ sunt factæ à die intimationis litis, quoniam, non denunciando, videtur noluisse alterius defensionem, & assistentiam, *Bart. in l. qui absentem n. 1. vers. potest enim esse, ff. de procurat.* in quibus casibus denunciari oportet, non sufficiēte sola scientia, ad dendi sunt *Doct. nostri Regnicola in tract. de iure pro: hom. Bart. in l. denunciasse n. 1. ff. de adult. Alex. cons. 24. n. 4. cum seq. vol. 4. Andr. Franch. contr. iur. lib. 2. cap. 14. cū duob. seq. Ripoll. var. resol. cap. 13. n. 62.* vbi loquitur de dispositione pœnali, quę loquitur negatiuè, vt puta si non fecerit ad incurrendam pœnam, requiritur notitia.

45 Declara quinto in aduocato, qui causam communem vicerit, & cui aduersarius fit in expensis condemnatus quando à consortibus repetat expensas pro rata, in qua declaratione solent tres adhiberi distinctiones, nempè aut aduocatus agit nomine proprio, aut nomine cōmuni, aut dubium est, quo nomine agat, vt explicauit *Monter. decis. Arag. 14. n. 81. usque ad finem,* vbi consuluit contrà *Menoch. de arbitr. casu 154. in fine,* huic aduocato damna ratione suæ personæ minimè deberi, fretus doctrina *Salyc. in l. unica n. 8. C. de suffrag.* vbi si salarium sit promissum aduocato pro victoria plurium causarum, & in parte is vicit, & in parte succubuit, pro rata causarum, in quibus vicit, salarium consequatur, idq; trahitur paritèr ad consortem pro parte vincentem, & pro parte succumbentem, sic ideo statuendum est, vt damnorum ex persona propria prouenientium non sit habenda ratio, quia si ea haberetur, per indirectum consequeretur integrum salarium communis causæ ducæ ab eodem.

Est benè verùm, quod tametsi non debeantur simul damna ex persona aduocati prouenientia, & expensæ pro rata consortis, datur nihilominùs aduocato optio, quàm partem condemnationis exequi malit, an scilicèt damni iniuncti, an verò expensarum pro portione socij debitarum: cùm altero tantùm illorum contentus esse deberet aduocatus *l. si quis à socio, ff. pro socio, l. apud Celsum, §. Labeo, ff. de dol. except. de quibus apud Mōt. d. decis. 14.* In aduocato verò suam propriam defendente causam datur concursus quoad damna tātùm, quæ passus fuit defendendo causam propriam in ammittendo lucrum, quod fecisset *Abb. in cap. finem litibus n. 20. de dolo, & contum. Ias. in l. properandum, §. sui autem alterutra n. 14. C de Iudic.* quia nomine

46 expensarum repetit victor, quod fuit damnificatus ex eo, quod lis eum auocauit à negotijs *Castr. in l. fin. C. de fruct. lit. expens. est Theorica Bartoli in l. stipulatus es opus, ff. de fideiuss. Velasc. consult. 25. n. 21. Grat. discept. forens. cap. 33. sub n. 46. vers. prout in aduocato,* qui extendit id ipsum ad omnem opificem, & artificem, *gl. in l. 1. vbi Bart. de alien. iud. mut. caus. fact. glos. in l. si Procurator ff. rem rat. hab. vbi Castr.* dicit perpetuò notandum *Monter. d. decis. Arag. 14.*

47 Quartum erit symbolum intèr mandatarium, & socium: nàm quemadmodùm Procurator sumptus, quos in percipiendis fructibus, vel alitèr vtilitèr fecit, potest repetere, *l. idemque, §. Labeo, ff. mandati,* sic etiam socius, qui expensas necessarias fecerit, vt suprà probauimus, & in colono partiario adnotauit *Barbat. noster in tract. de diuis. fruct. par. 2. cap. 5. num. 32.*

48 Quartum est symbolum intèr Procuratorem, & socium ratione damni contingentis, quòd sicuti Procurator non potest obligare suum principalem, excedendo fines mandati, quos diligentèr mandatarius custodire debet, ad *text. in l. diligentèr ff. mandat. Doct. in cap. cùm dilecti de confirm. vtili, vel inutili,* adeo, quod in eo, in quo Procurator excedit, ipse teneatur, & non Dominus, ad text. *in l. Procurator, qui pro euictione, ff. de procurat.* & est quando aliquid contrà, citrà, prætèr, vel vltrà mandatum fecerit mādatarius *cap. Pisanis vbi Abb. n. 6. de restit.*

*stit.spoliat. Ioseph. Ludou deci∫. Peru∫.*37. *n.*6.sic etiam socius, qui non potest partem socij obligare,inuito socio, & prætèr societatis mandatum *ad text.in l.creditor,§.fin.in finalibus verbis,ff.qui pot. in pign.habeã:*; comprobat *Barbat.noster in tract.de diuis.fruct.par.*2.*cap.*5.*sub num.* 37. *vers. confirmo tertio loco.*

49 Sextum est symbolum intèr socium, & Procuratorem in damno contingẽti: nàm Procurator,Socius, Tutor, & Executor, etsi contrahendo non teneantur, *l.*1.*& ibi Bart. C.cred.euict. pign. non deber.* verùm si non probent, se esse tales, quales se faciunt,benè tenentur *Ias. in l. iunctas n.*16.*ff.si cert.petat.* affirmat post longãDoctorum remissionem *Mangil.de euict.q.*193.*sub n.*10.est benè verũ,quod supradicti omnes duplici nomine possũt se obligari, & proprio, & negotij nomine: Vndè sicuti stultum esset, qui cùm prædictis contrahit:nisi duplici supradicto nomine contrahat, secundùm *Boer. decis.*273.*in fine vers.& circa,*sic fatuum esset, supradictos omnes extra eorum officium se obligantes, secundùm *Magon.decis.Lucens.*25.*n.*48. §.1. *Fab.Colin. de procurat.d.par.*5.*cap.*1.*in princ.*vbi per sex casus distinctos examinat articulum illum, an Procurator cuius nomine in dubio contraxisse dicatur, vide *Pulcram decisionem Pereyr.*40.*per totam,Morot. responso* 35.& de socio,cuius nomine contraxisse, in dubio an dicatur suo proprio, vel societatis, scripsit *Mantica d. lib.*6.*tit.*17.*per tot.& lib.*7.*cap.*8. vbi de mandatario,vide *Grat. d.cap.*19.*num.*11. *vers.si verò proprio nomine.*

50 Septimum erit symbolum intèr socium, & Procuratorem in damno contingenti, quod sicuti quando nulla est contracta societas intèr socios non potest socius damnum alteri supposito socio computari, & sibi imputatur:cum eo casu nullatenùs potest tractari de lucro, & damno,*l.fam.ercisc.C.com.vtriusq;Iud. Doct.in l.*2.*C.com.diuid.vbi gl. in vers.restitui in secunda expositione,*ibi,*licèt negetur socius,* sequitur *Decian.responso 96.in princ.*sic etiam mandatarius vbi nullum est mandatũ,sibi, & nõ Domino damnũ contingit in contrahendo *Bald.in cap.ex parte,& cap.nonnulli,* §.*sunt, & alij extrà de rescript.*vbi dicit,quod agens vti Procurator alterius: cum non sit,non potest sustinere actum ex eo, quod sit consors litis, vel coniunctus, & suprà probauimus.

51 Octauum est symbolum intèr sociũ, & mandatarium in damno contingenti, vt quemadmodùm societas vti alij cõtractus reciproci habent tacitam conditionem in se, vt socius condemnatus teneatur, si altèr socius conuencta præstauerit *l.Iulianus,§.offerri,ff.de act.empt. l.ædiles,§.vlt.ff.de ædilit.adict.*cùm similibus,& ideò vbicumque non seruentur pacta per socium, renunciare potest altèr socius, vt probat expresè text. *in l. si côuenerit,§.vlt.cum l.seq.ff.eod. Decian. resp.*96.*n.*2.*vol.*2. consultus in consimili casu,de quo apud *D.Reg. Marc. Sen. disput.*17.*par.*1.saltim exceptione, quod in negligentia paria delicta computantur *l.si duo.ff.de dolo, & l.si ambo, ff. de compensat.gl.in l.fin.* §. *pen. in verbo dolo, ff. eod.*per quem factum erit,vbi culpa cum culpa, & negligentia cùm negligentia computari dicitur *R.m.in cap.cùm mulier n.*7.*& 9.ff.solut.matr.*& dolum cùm dolo compensare summi iudicij est,si scilicèt par sit culpa, & eadem lege punitur: nàm si iniuria non sit æqualis,magis inspicitur prouocans, quàm prouocatus,·& licèt vterque sit puniendus:tamẽ non pari pœna, vt aduertit *Boss.tit. de iniur.sub n.*7. *&* 8.in diuersa verò nullo modo admittitur compensatio, sed quilibet suo iure aget,secundùm *Barbos. in l.viro n.* 20.*ff. solut.matr.* Vndè semper quando delicta non sunt paria, in excessu remanet actio, vt in *d.l.si ambo in princ.ff.de compensat.*prout in culpa:nàm si nõ sint æquales, vtputa lata cùm lata, & leuis cùm leui, non fit compensatio, quia maior culpa præponderat, *Angel. Aret.in §.sequitur instit.n.*22. *&* 23. *de act.* vel quod ambo culpæ debeant esse in committendo,vel in omittendo,aliàs non compen sentur: cùm illa culpa in committendo præponderat,vt ex pluribus comprobat *D. Marcianus d. disput.* 17.*sub num.*9. vide *Vlpin. vniuers. oper. ad Farin.in suo Succu q.*143. §.*compensatio*,vbi recenset,quando detur compensatio in adulterio vtriusque coniugis

52

ad

ad impediendam Thori separationem.
53 Et proindè restringitur supra dicta regula in casu maioris culpæ commissæ ab vno ex socijs: vt tùnc altèr non compellatur ad dissoluendam societatem, & totum interesse côputetur ei, qui origo fuit culpæ, & maiorem commisit, vt probat *Decian. d. responso 96. n. 53. & 54.* & voluit etiam *D. Marcianus*, qui non vidit *Decianum* per nos allegatum *in d. consult. 17. sub n. 11.* sic etiam in mandatario, qui potest contraria procuratoris actione contra mandantem plura experiri, vt patet in tex. *in l. licèt, §. ea obligatio, ff. de procurat.* cùm mandatum sit etiam contractus vltrò, citròque *l. seruus vbi Salyc. ff. mandat. Mozz. de côtract. tit. de mandat. in princ.* & signantèr si non seruauerit mandator conditiones in mandato adiectas, et antidoralia eiusdem cum eisdem regulis suprapositis de socio.

54 Nonum est symbolum intèr socium, et mandatarium in damno contingenti: nàm sicut vnus ex socijs non potest societatem dissoluere, non completo eiusdem negotio in damnum socij, vt apertè probatur *in l. actione, §. Labeo, ff. pro socio*, societas enim consensu duorum, vel plurium contrahitur, non vnius dumtaxàt *l. consensu, ff. de act. & oblig. l. qui admittitur, & l. tàm cùm contractu, ff. pro socio, instit. de act. quæ ex consensu in princ.* idcircò eorundem tantùm consensu dissolui potest, & cum vnius dumtaxàt, quando scilicèt imminet datum in dirimenda societate, vt *in d. l. actione, §. diximus, ff. pro socio, & in l. tàmdiù, C. eod. & in d. §. labeo*, ibi, *si renunciauerit scienti vnus ex socijs eo tempore, quo interfuit non dirimi societatem committere eam in pro socio actionem: nasci si emamus mancipia, inita societate, deindè renunciet mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri pro socio in iudicio Proculus ait*, hæc *Paulus in d. §. Labeo*, quo fit, vt de natura societatis, æstimatione veniat, vt scilicèt socius sic intempestiuè renuncians teneatur ad interesse, adeo quod non cô-
55 pleto negotio societatis intèr socios, acciderit vnus ex eis mori adimplemêtum societatis transit ad eius hæredes, qui omninò tenentur ad implementum ex qui: licèt societas morte soluatur, vt supra diximus *d. l. ratione, §. si in rem cert. m. ff. eod. & in l. hæres socij, ff. eod. D. Aloysius Mansi cons. 52. n. 17. fol. meo 455.* Sic etiam in mandatario, qui non potest negotium inceptum indiscussum relinquere in damnum sui principalis *l. si Procuratorem, §. sed, & si ff. mandati*, cùm mandatum susceptum quis adimplere debeat si potest, & si legitimè impeditus debet Domino denûciare: aliàs ad interesse tenetur, *l. si quis alicui, §. qui suscepit, ff. mand.* quod restringitur in Procuratore infirmo, qui non cogitur iudicium perficere, *l. si iusfam. §. Procuratorem cum seq. ff. de procurat.* vel si sibi deficiat pecunia, ex quo sibi non transmittitur per eius principalem *Rim. Iun. cons. 206. n. 4. lib. 2.* & an, & quando interesse sententiæ deberentur, & quid sibi velit hæc centesima, vide explicatum apud *Garz. d. cap. 19. sub nu. 15.* quæ hodie recessit ab vsu ceù vsuraria, & in eius locum successit damnum emergens, & lucrum cessans, vt probat *D. Marcian. disput. 18. per tot. vol. 1.*

56 Decimum, & vltimum erit symbolû intèr socium, & mandatarium in damno contingenti, quòd sicuti colonus, vel pastor vltra operas aliquid împendit pro pascendis pecoribus, vel animalibus datis in soccidam iudicio societatis eas seruabit: veluti si pro pascuis aliquid soluit, vel proptèr niues non poterit eas ducere ad pascendum, & ideò bladum, fabas, glandes, & alia stramina, ac etiam sal pro certo tempore emerit *l. si duobus, §. si quis ex socijs, & l. omne ex alienum, & l. quibus casibus, & l. pro socio arbitrer, §. si tecum mihi societas sit, & l. si vnus ex socijs, §. si vnus ex socys, vers. si quid vnus ex socijs, ff. pro socio*: cùm lucrû tùnc dicatur, quando deducûtur expêsæ *Bald. in l. 1. n. 9. l. pro socio.* Vndè benè dixit *Barb. noster in tract. de diuis. fruct. par. 2. d. cap. 5. sub n. 32.* quod hæ impensæ nô
57 computantur, seù repetuntur: sed deducuntur de fructibus: sic etiam mandatarius impendens pro suo principali deducit de fructibus, quos administrat, & repetere potest actione contraria à Domino. ARGV-

Digitized by Google

ARGVMENTVM.

Diuisio inter socios cùm quo sit symbola ad dignoscendum, si eis competat restitutio ex capite enormissimæ læsionis ex Iustiniani constitutione *in l. 2. C. de rescind. vendit.* examinatur decisio *D. Gizzarelli* 57. & ab Authore confutatur.

SVMMARIVM.

1 *Diuisio quomodo fieri debeat remissiuè.*
2 *Fortuna non habet Superiorem in hoc mundo.*
3 *Minor læsus in diuisione an restituatur.*
4 *Fortunam aduersus malam non iuuat prudentia.*
5 Gizzarelli decisio 57. *confutatur* n.8.
6 *Rescissio vt locum habeat in diuisione, quæ requirantur.*
7 *Diuisio facta Iudicis authoritate an rescindatur protextu læsionis.*
9 *Lædens an teneatur iterum diuisionem facere: vel manis supplere, n.10.*
11 *Diuisio est symbola permutationi.*
12 *Tempora quæ inspicienda in diuisione, vt rescindi ea valeat diuersimodè protextu enormis læsionis, & n.13.*
14 *Læsio vbi non est pretium an considerari possit.*
15 *Læsio an possit cognosci absque pretio.*
16 *Auxilium quod datur in læsione diuisionis, & num.17.*
18 D.Leonardus Rodoerius ad D. de Marinis cap. 153. *confutatur ab authore.*
19 *Læsio quomodo rectè probetur: & quomodo in diuisione n.20. & 21.*
22 *Feudalia plus præsumuntur valere quàm burgica.*
23 *Probatio læsionis an facta dicatur ex qualitate rei apparenti, & n.24.*
25 *Dolus qui intercedere debeat, vt dicatur dedisse causam contractui, & n. 26.*
27 *Dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretij existimatur.*
28 *Restitutio non est necessaria ad resoluendum totum contractum.*
29 *Dolus malus quando noceat re ipsa.*
30 *Stipulator quando doli exceptione expelli potest.*
31 *Dolus dans causam contractui qui sit.*
32 *Nullitas euidens seipsam declarat.*
33 *Obseruatur Doctorum pertinacia.*
33 *Dolus à quo probandus.*
35 Antonius Faber *confutatur ab Authore.*
36 *Diuisio emptionis vicem obtinere dicitur.*
37 *Deceptio permittitur in diuisione.*
38 Tex in l.1.§.sed si euenit, ff. si quid in fraud.patr. *declaratur.*
39 *Rescissio non datur in diuisione ex quouis capite enormissimæ læsionis regulariter.*
40 *Diuisionis placitum si præcesserit adhuc est locus remedijs diuisorijs.*
41 *Læsio in diuisione quando considerari possit.*
42 *Læsus in diuisione per sortem an restituatur.*
43 *Socius quomodo prouocandus ad iterùm diuidendum.*
44 *Reductio in communionem quomodo facienda.*

CAP. IX.

DIuisio intèr eos, qui res communes
habent siuè socij, siuè cohæredes,
siuè communitèr possidentes; solet fieri
per arbitros diuisorios, per mutuas à
1 Iudice adiudicationes, aut intèr fratres,
vt qui maior natus est diuidat, qui verò
minor eligat; vt *in cap. 1. de Paroch. Co-*
uar. q. 40. n. 3. alijque passim, de quibus
apud nos *in tract. de hæredit. act. lib. 2.*
qu. 6. & nouissimè apud *D. Hieronymum*
Calà de restit. in integr. minor. deneg. q.
45. in princ. Hoc igitur cùm ità fiat, du-
bitari sæpissimè contingit, an si alteru-
ter ex condiuisoribus læsus proponatur
vltrà dimidium iusti pretij rerum diui-
sarum, restitutio in integrum conceden-
da sit ad reformandam diuisionem, &
distinguendum putãt interpretes circa

modum

modum diuidendi: nàm secundùm aliquos si diuisio fiat per sortem, reductio
2 ad æqualitatem minimè relaxari potest, ex eo quia fortuna non habet superiorē in hoc mundo, & ideò à iudicio suo non appellatur, secundùm *Bald. in l. si duobus in princ. 1. co. de legat. & Iaf. ínibi num. 20. Roman. in l. in tribus in princ. ff. de caduc. Dec. in rubr. extrà de appellat. n. 39. & in cap. licèt causam n. 210. extrà de probat. vbi Franc. n. 10.* cùm alijs congestis per *D. Gizzarellum decis. 57. in princ.* affir-
3 mantē, adeò hoc esse verum, quod si minor in hoc sortis iudicio fuerit læsus nō propter aliquam ætatis imbecillitatem restituitur, secundùm *Vlpian. in l. verùm, §. sciendum, ff. de minoribus*, & sic tenet *Bald. in l. aut Prætor. §. fin. ff. eod.* dicens, quod si minor in diuisione optat peiorem partem restituitur: secùs si contingat ei per sortem, quia tùnc vtitur iure communi, & contrà aduersam fortunam non datur restitutio, sequitur *Bart in d. rubr. de appellat. n. 11. vers. sed dubitatur*, qui dicit etiam facere text. *in l. de fideicomm. in ratione sui C. de trāsact.*
4 & etiam hæc esse menti tenenda, quia alibi non reperirentur, & dici solet in communi adagio, *contro fortuna non giona il sapere.*

Cæterùm tametsi sententia prædicta sit vera; verū *D. Gizzarelli in d. decis. 57. sub n. 5.* subdit, nō habere locum vbi
5 excessiua læsio ex hoc iudicio sortis, & fortunæ contingeret, prout ex singulari limitatione *Baldi in l. minoribus num. 3. C. comm. vtr. Iudic.* affirmat, cùm *Baldo* omnes communi voto sentire, & sic per S. C. decisum, per quod (testatur ipse) fuisse mandatum, fieri appretium bonorum ad vnumquemque ex fratribus iudicio sortis peruenctorum, & ordinatum M. C. quod si ex appretio prædicto appareurit adesse enormem, & enormissimam læsionem, procederet ad iteratam diuisionem, æquis portionibus: quia iudicium sortis licèt non teneat, nisi in casibus à iure expressis, vt per *Bald. in d. l. 2. C. quando, & quib.* & non posset fieri, nisi quando est dubium in iure, & non in facto, nihilominùs id procedit vbi Iudex interponeret partes suas, & mandaret fieri diuisionem per sortem; non autem vbi partes conueniunt de diuidendo per sortem: quia tùnc si vtraque pars consentiat iudicio sortis, siuè de iure, siuè de facto sit dissidium, valet iudicium, vt per *Abb. in cap. licèt causam n. 37. extrà de probat. hęc Gizzarell. in d. decis. 57. per totam*, & quod aliàs non datur à sorte appellatio probat etiam inibi Iudex *M. C. V. Maleficiorum Baldass. de Ang. ex Platonis dicto de legib. dialogo 9.* Fortunæ legislatorem nullum imperare posse, quasi cùm nullus ei superest, & adducit illud Martialis.

Nullum numen abest, si sit prudentia, sed te
Nos facimus fortuna, Deam, cæloq; locamus.

Et nè discedamus pro nùnc ab addentibus ad materiam *Domini Gizzarelli* voluit etiam *Ioseph Mele in addit.* ad eundem multa in hoc, suo iudicio, inculcare, nemqè *sub num. 9.* repetit eadē, quæ per *D. Gizzarell.* & subiungit *n. 10.* quod facta diuisione per cartellas intèr fratres, maiore diuidente, minore eligēte, ampliùs à contractu non posse recedi etiam protextù læsionis, stante perfectione contractus, adducit *Ant. Fabr. in tit. com. vtr. Iudic. diff. 4.* & post alios nouissimè decisum per *S. R. C.* patet apud *Thor. compend. decis. Regni par. 2. in verbo diuis. Bonor.* & sub *n. 14.* affirmat duo cō-
6 currere debere, quando tractatur de retractanda diuisione. Primnm, quod res probetur alitèr se habere. Secundum, quod volens diuisionem retractare tractet de damno vitando, allegat *Gam. decis. 320. Ricc. ad Frāch. decis. 675.* & quod in diuisione habeat locum remed. *l. 2. C. de rescind. vendit.* ex *Thes. decis. 239.* quod addit *Mele* pro tertio requisito, & conceptio libelli, *Escobar tract. de ratioc. cap. 41. num. 6.*

Et proindè, quòd tutiùs sit, vt in diuisione Iudex partes æquales faciat, & vni vnam, & alteri alteram assignet, secundùm *Menoch. de arbitr. casu 123. n. 3.*
7 quæ quidem diuisio etiam cum Iudicis authoritate facta, si adest læsio, vel fuit facta per instrumenta falsa, vel dolo, fraude, etiam iurata, & translata in rem iudicatam, vel per ignorantiam, potest infringi, & annullari: nisi fuisset per Iudicem facta causa cognita in iudicio cōtradictorio *Plot. in l. si quando §. 15. n. 1.*

Digitized by Google

*vsque ad num.*8.& in materia iudicij fortis subdit *sub n.*17.*Mele*, de quibus satis ad eum maximè quando res communis commodam diuisionem non patitur, *Afflict.de iure proth.in princ.post num.*43. *Cast.n.in consuet.Burg.tit de retract.*§.1. *rubr. de spruchais vers.puta*, *Camera col.* 334.*Maxill.ad consuet.Barcens.in tit. de iure proth.* §.*si duo inter se n.*8. *vers.sed quid dicendum Bex.in consuet. Aluern. de retractu tit.*17. *cad. rubr. Apna conf.* 47. adde *D.Carol. de Luca obseruat. ad D.de Franch.centur.*2.*obseru.*260.*num.*2.

8 Nos verò aliter dicemus; & signantèr aduersus decisionem adductam per *Gizzarellum*, per quam, testatur ipse, fuisse ordinatum apprecium, & si ex appretio pær dicto apparuerit adesse enormẽ, vel enormissimam læsionem, procederetur ad iterum diuidendum, æquis partibus: nàm aut eiusmodi diuisio symbola est emptioni, aut permutationi, quicquid sit, sempèr decisio claudicat: nàm si symbolam agnoscimus emptioni, oportuisset eadem æquitas, qua motus fuit Iustinianus ad succurrendum venditori, eadem etiam consideretur in condiuisore læso, sed sic est, quod ex *Iustinianỹ constitutione in d.l.*2. apparet, non iterum absolutè esse emptorem lædentem emptionem facere; sed vt suppleat dumtaxàt pretiũ
9 suo arbitrio, ergo idem esse debet in condiuisore, qui lędens non tenetur iterum diuisionem facere, sed supplere
9 dumtaxàt pretium suo arbitrio, & facultate sibi impartita ex eadem Iustiniani æquitate per dispositionem *dictæ legis secundæ*, *Codice de rescindenda venditione*, à qua robur assumit læsio in diuisione, & consequentèr quemadmodum in eo emptionis casu per Iustiniani Constitutionem non à toto contractu receditur in iterùm vendendo, & emendo rem, in qua accesserit læsio, sic à pari in contractu diuisionis dicendum, à qua non potest inuito socio lædente, & malente potiùs
10 supplere æquiualens pretium, discedere, & exhindè si nouitèr fieret appretiũ ab eo, cognita læsione, procederetur ad iterum diuidendum: cùm tùnc non tantùm contractus ipsi diuisionis rescissus videtur, sed etiam dominium rerum diuisarum translatarum in condiuisores, à quorum vno inuito, auferretur, quod in iure non benè sentitur, quando procederetur ad iterùm diuidendum, in qua reiterata diuisione est opus, vt priùs iterùm confundantur bona, & eorũ dominia, & abdicari à possessoribus, & postmodum iterùm fieri diuisionem, quæ omninò supponit similitèr pristinam bonorum communionem, & quod non rectè de iure habetur, nèc apud eiusmodi Iustiniani constitutionem elargitum.

11 Aut verò diuisio isthæc est symbola permutationi, quod magis probo ex *text.in l.cùm si ta*, §.*si Pater*, *ff.fam.ercisc.* & tùnc distinguendum venit ẽt in decisione prædicta duo tempora, in quibus petita, & peti potuisset eiusmodi restitutio ex Iustiniani beneficio: nàm si inspiciamus tempus factæ diuisionis dumtaxàt, & non adhùc portiones condiuisoribus obsignatæ, tùnc ex quo res est
12 integra, & nemini ex socijs est dominium rerum in portione contingentium quæsitum, poterit dubio procul, cognita enormissima læsione, iterùm fieri diuisio, vt quilibet de aquali portione ex socijs remaneat contentus, non minùs quàm si facta permutatione, non fuerint hinc indè res permutatæ consignatæ, & ad alterutrum translatæ, tùnc posse, fatemur, inæqualitatem illam reformari officio Iudicis, ex sola ipsius iudicij æquitate, vt nempè ex ijs bonis, quæ alteram portionem pleniorem constituũt alia minùs sufficiens repleatur, vt probatur *in l.maioribus,C.comm.vtr.Iudic.*

13 Aliud tempus inspiciendum est, quãdo, facta diuisione, fuit translatum hinc indè dominium rerum, quæ primo cõmunes, posteà verò distinctæ, diuisæ, & consignatæ vnicuique irreuocabilitèr effectæ fuere, prout emerserat casus in allegata *Gizzarelli decisione*, in qua actũ fuit, quod vnus ex fratribus cõdiuisoribus post aliquos menses prouocauit alterum fratrem ad iterùm diuidendum protextu enormissimæ læsionis, vt testatur ipse idem *Gizzarellus eadem in decis.* 57. *in princ.* hoc enim in casu nullatenùs poterat per Sacrum Consilium de iure procedi, ad ordinandum, vt iterùm,

atten-

attenta enormissima læsione, fieret diuisio bonorum, quamuis læderetur ius vnius partium, in cuius facultate erat, vel supplere iustum pretium pro æquiualenti alterius parte, vel, si sibi placuisset, iterum diuidere, seruata Iustiniani beneficij norma, & regula.

14 Nèc vrgeret, si diceretur, in hoc casu nō potuisse fieri suppletionē in pretio: cū læsio fuerit facta in re, in qua etiam, secundùm nos, nullatenùs cōsiderari poterat pretium, ex quo symbola diuisio permutationi, cuius natura est non admittere pretium: sed rem pro re dumtaxàt, siuè in genere, siuè in specie, ea cōsisteret, vt diximus hic *tit. 1. cap. 14. n 8.* & proindè nullo alio poterat per *S.R.C.* reparari hæc maxima inęqualitas remedio, quàm per æquiparationem bonorum diuisorum in iterata diuisione, & appretium fuit ordinatum non ad finē alterandi naturam contractus diuisionis, sed ad dignoscendum dumtaxàt in

15 quo læsio consisteret: cùm res de per se absquè pretio non poterat indicare læsionem aliquam, quando non liquidaretur ex eorum pretio eiusmodi conditio, quo pretio liquidato, appareret proculdubio melior conditio vniuscuiusq; rei, & secūdùm meliorem illā conditionem, non verò iuxtà pretiū potuisset Iudex arbitrari ad iterùm diuidendum, ad finem, vt subsequeretur intèr condiuisores æqualitas partium vnicuique tangentium, & sic vt prorsùs noua diuisio fieret, verum ijsdem portionibus existentibus: tantùm ex ampliore detrahitur, arbitrio boni viri, quantum necesse est ad complendam actoris portionem: nisi à tota diuisione recedere conuenctus maluerit: & proindè intùs habere prouocatum commodum electionis, quæ emptoris exemplo ei à Iustiniano tribuitur.

16 Quia respondetur, eandem esse iniuriam reo illatam, quando inuitus prouocatur, vt resiliat à diuisione pro parte bonorum, quorum plenum dominium iàm adeptus fuit, quàm si fieret tota diuisio, vt ordinatum fuit in eadem decisione, ibi, *iterùm fiat diuisio*, quemadmodùm magis, & minùs in quo quis læditur non potest diuersificare iuris regulam, quominùs vtroque casu non intelligatur illata iniquitas cōtrà iuris potestatem contractus bonæ fidei, bonaq; consumatus fide, inuito conuencto, rescindatur, & annulletur: nàm tūnc sicuti

17 iudicium bonæ fidei, quod exerceri potest, nullum superest, ità legis, illiusq; æquitas superesse videtur, & si aliud auxilium condiuisori læso non superest, quàm æquitas illius *legis secundæ C. de rescind. vendit.* & in hoc sit symbola læsio diuisionis læsioni venditionis, licèt contractus sit symbolus venditioni, nō minùs si accederet læsio permutationi, vt infrà dicemus, & ideò non habet cōdiuisor læsus in quo conquæri valeat, quando aduersarius paratus sit, id quod ad æquiualandam portionem deest, in pecunia supplere: cùm nihil aliud statuatur *à Iustiniano in d.l.2.* ad quiescendum læsum: nisi nè sit in aliquo damno, à quo omnimodo remoueatur is, qui tale, quod passus fuit in diuisione, damnū in pecunia suppletur, nèc tali modo supplendo cogeretur condiuisor læsus, vt inuitus sua careret, & pecuniam acciperet: cum nemo cogatur sua bona inuitus vendere, *l. cum enim, ff. rer. amot. cum concord.* quia non suam consequendam rem agat lęsus, sed alienam, quam transtulit socius per traditionem ex diuisione subsecutam; et ex eodem cōtrario argumento est potiùs assistendum conuencto, nè res sibi bona fide quæsita, iusto etiam pretio vendere cogeretur, et consequentèr in mera conuencti facultate est, vel supplere in pretio, vel si malit nouam diuisionem facere, ad instar emptoris conuencti à venditore læso, qui non minùs potest supplere iustum pretium, quàm rem emptam venditori restituere.

Nèc aduersatur ratio, quàm adducūt aliqui Pragmatici, & signantèr *D. Rodoer. ad D. de Marin. cap. 153.* quod quan-

18 do in ordinem ad beneficium *Iustiniani in d.l.2.* intercederet enormissima læsio in magno excessu vltrà valorem iusti pretij, rescinditur contractus in toto, & est in electione læsi, vel petere sibi rē restitui, in qua sic maximè læsus est, vnà cùm fructibus, quasi, quod eo in casu intercedat dolus dans causam contractui, vt

vt adstipulatur etiam *Cagnolus in rep. d.l.2.num.*81.vbi dicit,quòd data læsione vltrà dimidium iusti pretij in magno excessu,contractus erit nullus ipso iure: sicuti vbi dolus ex proposito dedit causã contractui,& quod nõ sit in potestate cõuenti supplere quod deest iusto pretio, & rem retinere; sed in facultate læsi repetere rem cum fructibus perceptis, iuxtà quæ de dolo dante causam contractui habetur in *l. elegantèr,ff. de dolo,* & ibi *per gl.& Doct. Couarr.var. resolut. lib.2. cap.3. nu.4.* & quod sic passim iudicatur,testatur *Castill.decis.14.& Giurba decis.105.Azeued.super 5.recop.tit.11. leg.1.n.15.Gama,& alij citati ab Antonio Mangelio de subhast.q.43.sub n.9. vsque ad finem,* vbi ipse quoque præbet suum assensum, & sic cùm in diuisione,vt plurimum considerari possit hæc magna

19 lęsio, tanquàm euidentioris,& facilioris probationis,quę magis concurrit in ea,quàm in illa vẽditionis: cùm quando agitur de probanda læsione rei venditę, fieri debet, vt benè probata videatur: vt scilicèt ad illud ipsum tempus, quo contractum est, accomodetur ex comparatione redditu um eius fundi, *l.pan. ff.de reb.cor.qui sub Tutor.l.si fundum per fideicom.ff.de leg.1.* qui redditus de per se non sufficeret ad probandum valorem rei venditæ:nisi adiungatur,quod in loco res tanti redditus tanti valet *Bart. in l.pretia rerum §.cùm nulla n.2. ff.ad l.falcid.& in d.l.2.n.23.vbi Crem.n.221. Lupus de vsur.par.2. n.2.* à quibus redditibus deducenda onera , vel conditiones appositæ *cap.cùm Ioan. vbi Abbas num.3. de fide instr. l.fundi partem, ff. de contrah. empt.Couar.var.resolut.lib.3. cap.10. n.1.* prout sunt annui Canones, pactum de retrouendendo,& similia *Gabr. com.cõcl. tit.de empt.& vendit.concl.1. n.75. cum seq.Cagn. d.l.2. n.247. Abb. in cap.in aliquibus n.7.de decim.* & circa valorem de tempore alienationis probandum est, quod ità valeret, & vendi potuisset, eo tempore, *ad text. in d.l. pretia rer. vbi Doct.ff.ad l.falcid.Capyc.decis.264. nn.4. par.3.Mascard. de probat.concl.963. n.11.* &non adeò præcisè, vt ille ipse dies, in quo contractum est, significetur, sed latiùs, & pinguiùs circa id tempus, quo

20 contractum est *Mascard.loco cit. nu.10.* sed quando de diuisione rescindenda tractatur,non sufficit ad probandam lęsionem, probari inæqualitatem portionum, quæ cùm tùnc, cùm diuideretur, interuenerit ex qualitate forsan, et cõditione bonorum; licèt de illarum iusta estimatione nihil probetur: vtputa si apparet in vna partium fienda iurisdictiones, & prædia vrbana instructissi-

21 ma,et in alia parte non nisi fundi rustici, et ignobiles distribuantur: nisi ex contrario etiam probetur, inæqualitatẽ illam, quæ ex bonorum qualitate, et conditione inducitur, quantitate compensatam: cùm accidere facillimè possit, vt tot fundi ignobiles in vna partium conferantur, vt nobiliorum,qui in alteram partem collati sunt, valorem æqueant,et immò superent; sed vlteriùs probandum id ipsum est ab eo, qui neget,non qui dicit, læsionem interuenisse;at inæqualitatis præsumptio, quæ ex diuersa bonorum conditione nascitur contrarijs, certisque probationibus elidatur,quod non satis diligentèr à Pragmaticis obseruatum scire, testatur *Ant. Fab. de err.pragm. Decad. 8. err.5. verbo quod si satis,* putantes ipsi, eum, qui aduersùs diuisionem restitui velit ex causa immodicæ læsionis, cogendum probare valorem bonorum; proindè ac si de rescindenda venditione ageretur:cũ intentio prouocantis sit producta in apparenti inęqualitate conditionis rei, quæ facit præsumi inæqualitatem præ-

22 tij: cùm plùs præsumatur valere ius feudale, prædium nobile, et iurisdictiones ex qualitate ipsiusmet rei, quàm rusticum, et ignobile: Vndè, vt talis præsumptio maioris valoris rei ex sua qualitate apparẽti elidatur,necessè est probare valorem rerum ignobilium esse æquiualentem rerum nobilium, ad excludendam illam præsumptionem, quæ à qualitate rerum apparenti nascitur;

23 et hæc probatio non ab allegante fieri debet, et potest; sed ab excipiente, quod tales res sint eiusdem valoris ad æqualitatem rerum nobilium, et vrbanarum: cùm in hoc non possit considerari solitum onus probandi ab allegante læsionem, ceù vti fundamentum suæ in-

in-

intentionis,ex quo in dubio non præsumitur *Bald. in l. per diuersas, C.mandati, Mascard. d.concl.963.cum concordantibus allegat.à Constantino Cæsar.peregr.quæst. lib.1. q. 38.sub n.* 19. quia intentio allegantis iàm satis probatur,et præsumitur ab inæqualitate conditionis rerum apparenti in facto, vt melior sit conditio vnius rei, quàm alterius, feudi scilicèt, iurisdictionis, et prædij vrbani, quàm rustici,ignobilis,et vilioris conditionis,
24 vt patet ad sensum, et comprobauit etiam *Ant.Fab.loco cit.* et sic quando nō probaretur per prouocatum æquiualētiam rei, in qua petitur læsio, certè esset ipse in dolo *l.si superstite, C.de dolo, l.sed si in seruum,§.si quis Iudex,ff.de arbitr.*

Non aduersatur inquàm ratio prædicta: cùm ea in manifestissima iuris obscuritate Doctores supradicti collocēt, et desierunt nàm quoad excessum enormissimæ læsionis, vt ob id totus venditionis contractus scindatur in electione læsi,vt sibi suppleatur de iusto excessiuo pretio, vel rem venditam recuperare vna cùm fructibus,non habent iura, ex quibus id probare possint, et consequētèr *D.Rodoer.*alioquin doctissimus in hoc non benè se habuit sectando hanc opinionem.

25 Non iura, quia ea, quæ allegant de dolo præsumpto, locuntur de vero, & de quo dat causam cōtractui,vt in allegata *l.& elegantèr,ff.de dolo,*in qua semper agitur de dolo ex proposito, vt patet in omnibus iuribus, *à gl. enarratis, nec l.si superstite obstat, C.de dolo,* quia ibi agebatur de immodica læsione causata ex dolo Patris, contrà quem ideò non fuit cōcessa filio actio de dolo,quia
26 contrà Patrem,contrà quem non datur actio famosa, vt dicit *gl.ibi.* Vndè nisi interfuisset dolus dans causam dictæ læsioni, non potuerat agi de quæstione, an competijsset filio contrà Patrem actio de dolo, quando accedente bona fide,non actione de dolo: sed ex condictione legis,vel officioIudicis agendum est,vt in casu *d.l.2. C. de rescind. vendit.* notant *Doct.*omnes, & diximus *d. l. cùm te fundum,C.de rescind.vēdit.*& sic deinceps:nàm quando *text.*de dolo mentionem facit, intelligitur de dolo, vel arte decipiendi, vel ipsa contingente læsionis, quam vocant enormissimam, testatur punctualitèr *Couar. in repet. c.quamuis pactum par.3.§.4.sub n.3.in fine.*

Non rationes, quia contrà eos apertissimæ sunt in contrarium: nàm cùm in regula simus generali,& indefinita:contrahentibus licere in foro externo naturali quadam ratione, vt se inuicem decipiant,*l.in causa,§.idem Pomponius,ff. de minor.l.item quæritur, §. vlt. ff. locati cùm concordant.* & ad rescind.venditionem malæ fidei probationem non solū non sufficere, quod quouis excessiuo pretio fundus constans minimo num-
27 mo comparatus sit *l.ad rescind.C. de rescind. vendit.* quia dolus emptoris qualitate facti, non quantitate pretij existimatur,*l.do'us,ff.eod.* Vndè accedēte quauis enormissima lęsione in pretio, nullo tamen iuris loco proditum est, contractum esse irritum, & minùs ex ea dumtaxàt causa procedendum ad rescissionem totalitèr: nàm cùm sic diffinitum sit in *d.l.2.per Cæsares:* cùm in eo casu talis in integrum restitutio contingeret, si auxilium restitutionis necessarium esset, vt contingit non ex causa
28 doli venditio rescindenda veniet.Ideò ex *Iustiniani constitutione* restitutio non est necessaria ad rescindendam totam venditionem: cùm læsio tantùm enormis interueniat,quomodo ex eorū ceruice conducere possint casum diuersum Doctores inenormissima læsione: cùm tùnc necessaria est:cùm dolus interueniat, & consequentèr non benè symbolizatur enormissima læsio: cùm nulla lex vnquàm distinxerat, in qua parte intercedere debeat læsio ad dignoscendum, an condictio ex lege, vel doli mali actio competat; & si exemplo *ab Vlpiano* tradito stare compellimur *in l.si quis non alitèr, ff.de verb. oblig.* scilicèt aliquando rem ipsam in se dolum habere, & eo casu perindè doli mali exceptionem stipulanti nocere,ac si do-
29 lus eius interuenisset, non adhùc applicatio rectè fieri potest, in quo læsio enormissima in pretio interuenerit, sed ad alios non symbolos,in quibus accidere potest,vt res ipsa in se dolum habere contineat; nempè in stipulatione fine causa,

Digitized by Google

causa, *l. 2. §. circa, ff. de doli mali except.* aut si status mutatus fuerit, ignorante tàm stipulatore, quàm promissore, stipulatio interposita sit, & consimilibus,
30 quibus accidit, vt quamuis stipulator nihil ab initio dolo fecerit: tamèn doli exceptione repelli potest, quia hoc ipso facit dolo:sed quantùm hoc sit diuersū ab enormissima læsione, ex eo quoque cognosci oportet, ex quo non quilibet dolus facit contractum bonæ fidei ipso iure nullum, sed is demum, qui dedit causam contractui, non qui incidit in contractum *d.l.eleganter, ff.de dolo* malè expensa per in contrarium sectantes *l.si res æstimata, §. 1. ff. de iure dot.* dicitur
31 dolus, qui dat causam contractui, quādo aliàs non esset quis contracturus, dicitur verò incidere in contrarium, & inducere restitutionem, quando aliàs quis esset contracturus: verùm ex illo contractu, in quem incidit dolus, datur non rescissio in totum, sed restitutio *tot. tit. de dolo, & d.l. dolus, C. de rescind. vendit.* Isthæc restitutio ad instàr sententiæ iniquæ supponit quidditatem rei:cùm aliàs si nullus contractus, vel sententia, rescinderetur ipso iure, in quo non dātur termini dilatorij, *Minad. conf. 20. D. Reg. Sanfelic. decis. 36. & decis. 299. nu. 8. D. Capyc. Latro decis. 173. n. 17. & 46. Donad. de renunc. cap. 29. n. 13. & 132. lib. 1.*
32 quia tùnc dicunt ipsi, quod non Iudex, sed ipsa nullitas se ipsam declarat, & proindè nemo dixerit, dolum, qui in re ipsa fit, dare causam contractui, & facere posse, vt contractus ab initio non valeat, quia dato, & non concesso, quod enormissima læsio in pretio induceret dolum re ipsa, æquipararique ex proposito, non tamen subsequitur, ergo cōtractus est nullus, quia etiam si dolus ex proposito interuenisset, non per hoc inualidus reputabitur contractus; sed tanquàm firmus per restitutionem rescindendus: cùm pretium modale excidat, sed non dat causam contractui, *d. l. & eleganter d.l. si res æstim. d.l. dolus*: cùm emptio, secundùm plurimos, possit consistere in vno nummo, & sufficiet si pretium intercedat, vt firma videretur in dubio, & si ex quantitate pretij, prout magis, & minùs sit proditum supplendi, non verò rescindendi remedium.

33 Nèc obstat repetitio *in d. l. si superstites, C. de dolo*, vbi duo hæc tanquam cōtraria aduersantur, transactum esse bona fide, & læsum esse immodicè alterutrum ex contrahentibus; quia esset solutio idem per idem, non scilicèt dolum inductum fuisse ibidem ex modicitate, & exiguitate pretij, quod est impossibile: cùm maius, vel minus pretium non immutet naturam contractus emptionis, & venditionis, nèc in vno iota illum alterat, sed benè ex aliquo dolo partis, vt mox diximus, ex quo actio de dolo: cùm sit in personam, adeòque infamiam irroget, ideò aduersus Patrem non datur *l. non deberi, ff. de dolo*, nèc contrariatur locus *Vlpianus in l. si quis non alitèr, ff. de verb. sign.* in quo assignata exceptio doli aduersum èum dari, qui dolum in re ipsa dedit, quia id duplici ex ratione concessum fuit. Prima, quia emptio doli non sicut actio infamat, licèt sit in persona ex parte eius, cui objicitur, *l. 2. §. 1. ff. de dol. except.* quia non est solitum, sententiam proferri super exceptione, sed benè super actione, absoluto scilicèt reo, qui iustam habuit doli exceptionē, & sic aliud est condemnare, aliud prorsùs absoluere, & proindè tutior pars erit semper rei, qui aut non condemnabitur, aut absoluetur, quàm pars actoris, qui, vt tantùm reus condemnetur, expectat, & sic *in d. l. si superstite* non agebat Pater, prout qui solemnitèr cùm nouationem, & acceptilationem fuerat liberatus, & consequentèr tractari de immodica læsione, quæ interuenerit non in contractu venditionis, aut alio symbolo, in quo liceret contrahentibus se ad inuicem decipere in pretio; sed in ea specie, in quàm nullus deceptioni locus relinquebatur circa dolum malum, cùm agereiur de rationibus reddendis à Patre, qui filiæ emancipatæ tutelam gesserat, non enim intèr administratorem, & emptorem idem est symbolum, quemadmodum administrator vsque ad quadrantem teneatur suam administrationem reddere, quod non est in emptore, qui non tenetur nisi in maximam læsionem supplere, vt ait *text. in l. si constante, C. de rescind. vendit.* cùm generale sit in omni restitutione, vt cùm facile, & ex mini-

minima causa, vel pro modica conce-datur summa *l. si quis affirmauit*, *§. vlt. cũ ll.seq.ff.de dolo,l.Seio ff.de integr.restit.* Vndè meritò apparet quantò inscieitèr aberrant interpretes ad sic empyricè affirmandum, decidendumquè.

34 Quod verò spectat ad dolum probandum à læso in re permutata, ad prouocatum scilicèt, & nõ prouocantẽ esse in dolo, obuiam facit etiam non inerme propugnaculum, ex eo, quia probatio non alterat contractum, in quo genere sit factum, & ex qua causa alterante: quia hoc disputamus, an probata enormissima læsione sit locus rescissioni contractus totalitèr: an vero vt sup-

35 pleatur, vt iàm dicebamus, & quod asserit *Ant. Fab.* incumbere scilicèt onus probandi ei, qui fuit prouocatus ad diuisionem, ex quo prouocans est in regula, & præsumptione inæqualitatis rei, ratione suæ qualitatis patentis, non approbo: nàm aut ipse *Faber* negare debuit lædenti non competere supplemẽtum in pretio, vt omni iure affirmauerat, aut omninò concedendum, læso incumbere onus probandi, in qua quantitate sit læsus, vt sibi suppleri possit in pretio, aliàs si non probauerit nunquam erit locus suppletioni in pretio, in quo fatetur læsus, & suppleri valeat, nèc obstat identitas rei diuisæ patens ex qualitate; quia cùm semper pro validitate diuisionis appareat recta ratio, non erit aliundè quærere, si qualitas rerum diuisarum faciat minus, & maius inæqualens, quando recta ratio in diuidendo fuerit perpẽsa in rebus diuidendis, siuè sint eæ diuersæ qualitatis, siuè eiusdem: cùm iudicium diuidentis in hoc versari debuisset, vt æquis partibus in substantia, licèt diuersa in qualitate cuilibet assignaretur portio, quod si postmodum alitèr ex extrinseco pretio contingeret, non dolo diuidentis, sed appretio imputandum est, quod quidem appretium, nõ ad instantiam eius, qui prouocatus fuit, fieri debet, sed illius, qui se læsum reputat, & in hoc benè processit *decisio S.R.C.* de qua desuper per *D. Gizzarell.* licèt minùs rectè, facto appretio, ordinauerat iterùm fieri diuisionem contrà omnia iurium principia, legisque æquitatem auferendo parti arbitrium supplendi.

36 Eo magis cùm diuisio sit symbola in hoc permutationi potiùs, quam venditioni, licèt vtraque emptionis vicem obtinere dicatur *l. 1. C. commun. vtriusq; Iudic. l. 2. C. de rer. permut.* sed discrimen est in hoc, vt quod non sicut in venditione, ità paritèr in permutatione naturalitèr contrahentibus permissum est se decipere. Est enim in permutantibus animus, vt sibi acquirat, non alienet, quod enim vterque alienet fit per consequentiam, quia fieri alitèr non posset, vt altèr alterius rem habeat quippè quã nolit Dominus alienare, nisi ea mente, vt in eius locum aliam sibi quærat. Vndè fatendum est, permutationem emptionis, & non venditionis vicem obtinere, vt benè dixit *D. Calà loco cit. sub num. 51.* Cùm constet, aliam esse venditionem, aliam emptionem, aliam empti, aliam venditi actionem, *l. ex empto, ff. eodem tit. de act. empt.* nèc vnquàm compatitur emptionis, & venditionis eodem iure censeri, & certissimum est emptori, qui vltrà dimidium iusti pretij læsus est non succurri beneficio *d. l. 2. C. de rescind. vendit.* neq; ergo permutanti succurrendum est, eo magis, quod aliundè satis, supèrque consulitur; sola scilicèt æquitate iudicij bonæ fidei, si priùs quã contractum impleat iure suo vti velit, & officiũ Iudicis implorare, vt quod inæqualitèr factum fuit in melius reformetur, & ridiculam appellant sententiam illam, quando affirmant, vt etiam post adimplementum succurratur permutãti non tanquàm emptori, sed tanquàm venditori, cùm emptoris tantùm, & non venditoris partibus fungatur.

39 Nequè vrget, quod *in l. 1. § sed si emerit, ff. si quid in fraud. Patr.* statutum est, quod scilicèt idem iudicium est venditionis, permutationis, & locationis in hoc eodem casu, de quo contemnimus, nempè sufficere, quod in quolibet contractu læsio interueniat: cùm ad diuersum casum textus illius dispositio pertineat: ad illum quippè, qui à liberto initus sit in fraudem Patroni: ex quo parũ refert quando Patrono fraus facta fuerit an vendendo, an emendo, aut locando, aut permutando, aut quo alio contractus

tractus genere. Siquidem quicquid in patroni fraudem gestum fuerit, totum id per fauianam actionẽ reuocari ęquũ est, nos eum dumtaxàt casum disputamus,quo quis non alij,sed sibi ipsi fraudem fecerit, & secundùm vniuscuiusq; naturam distinguimus, & separamus.

39 Ex quibus colligendum in materia læsionis in diuisione. Primo, quod regularitèr in diuisione non datur rescissio ex quouis capite enormissimæ læsionis: cùm in ea,quæ fit per condiuisorem ab vno diuidente, & ab altero eligente, intèr quos nulla querela maior exposcit, quàm de seipso conqueri debeat, qui aut diuisit, aut eligit, quando abest omnis dolus, omnisq; machinatio: cùm nullatenùs credi possit, cum,qui portiones constituit, vt condiuisor haberet electionem, ea mente fuisse, vt socium circumueniret: cùm sibi ipsi potiùs fraudem parare videtur,qui in condiuisoris arbitrio relinqueret, vt eam portionem eligeret,quæ multo amplior esset,& è contra, quis tàm audeat, si se dicat, esse deceptum ab alio, qui eligit, & eligendo eo, nisi arbitrio suo vsus est? qui in hoc allegando fraudem, & turpitudinem suam patefaciet,in dicendo inęquales à se factas portiones,& cõquæratur, quod socius, cui electio successerat, elegerit meliorem, quid sibi melius obstare poterat, forsitan, vt qui facultatem eligendi habebat, eligeret eam partem, quæ esset minoris estimationis, meliorem relinquendo ei, qui partitus fuit, quod haud contingere poterat sine dolo malo: cùm in iure optima regula sit, nunquam audiendum esse eum,qui id petat, cuius contrarium non fuerat in euentum prostulaturus *l.pœna,C.de euict.* electione igitur facta melioris, & amplioris portionis, non potest conqueri is, qui electionem concessit: cùm si socius deteriorem optasset non conquereretur, *Viu. decis.*437.*nu.*2. *lib.*3.*F. b.in suo Codice lib.*3.*tit.*27. *desin.* 4.& voluit etiam *D.Calà d.q.*45.*in fine.*

40 Colligitur secundò, quod si in diuisione præcesserit placitum diuisionis dumtaxàt, & bonorum cõmunio adhùc superstit, vt possit agi familiæ ercisc. vel communi diuidundo ex æquitate illius iudicij, quod bonæ fidei est, vt etiam hoc casu, quo diuisio per optionem datam, acceptamque facta fuit, quod inæqualitèr factum est constiterit in meliùs reformetur, non enim optio vltrò data, aut accepta facere potest, vt inæqualitas vlla subsit,nèc proindè, vt corrigenda non sit ex natura iudiciorum omniũ bonæ fidei, quamdiù iudicium tale superstit,quod exerceri valeat, *l. Lex maioribus,C.commun.vtriusque iudic.*sed si diuisio perfecta, dominiumque hinc indè translatum proponatur,sicuti deficit iudicium bonæ fidei, quod nullum ampliùs superest,neque famil. ercisc.neque communi diuidundo,ità superesse aliud auxilium non potest ad agendum aduersùs contractum,quàm in integrum restitutionis, quæ hactenùs deficit: cùm negotium actum sit bona fide.

41 Colligitur tertio,læsionem in diuisione posse considerari, quando fit per arbitros diuisores, per mutuas Iudicis adiudicationes,aut etiam attenta sociorum conuentione, non in ea, quæ ab vtroque consensu ab initio fiunt partes, & postmodum subsequuntur optiones, sed singulorum,& vniuscuiusque ex socijs voluntas totam fecerit: portionibus scilicèt ab vno solo constitutis,& ab altero solo electione facta. Conditionem enim ex mera illa lege contra eos demum dari æquum est,& vt lex loquitur, humanum, qui iure conuentionis à se factæ, licèt sine dolo captant lucrum ex damno alieno non contrà eos, quibus sola aduersarij voluntas, siuè liberalitas lucrum attulerit, in quorum numero ille existit, qui ex diuisione per electionẽ facta pinguiorem portionem consecutus est,siuè alius eligerit objceres, eandem igitur ratione n constituendam fore diuisionis, quæ per arbitros, & Iudicem facta est, quandoquidem nèc in ea contrahentium tractatus vllus interuenit,sed arbitrorum dumtaxàt, & Iudicis factum: Verum sunt talia longissimè dissimilia,factum enim & arbitrorum,& Iudicis factum partis est,& quod à parte laudatum, & approbatum est, *l.si ob causam, C.de euict.* & ob id eisdem artibus, & machinis destruendum est, quibus si ab vtroque ex contrahentibus fa-

ctum

ctum esset, electio verò, quæ ex optione sibi data fuerit nullo modo videri potest ab eo facta, qui optionem dedit, aut ex eius industria; sed ex sola, veraquè, qui elegerit, voluntate: Ideò æquum non est, si is, qui elegit, se ipsum læserit, & iuuari contrà socium, per quem nihil factum est, nisi quod optionem dederit.

Nèc obstat, si diceretur, immò per cũ aliud quicquam factum esse, illud scilicèt, quòd partes constituit, & quidem inæquales, quia respondetur ex sola minoris portionis electione læsionem emergere, non verò ex inequalium portionum constitutione, quæ lucrum eligenti collatura erat, si pinguiorem elegisset, vt probat *Fab. d. decade 8. err. 2. vers. nàm si obijcias*, & sic intelligendus *D. Calà d. q. 45. sub n. 36. & 37.* quando dicit, quod diuisio facta per Iudicem, si iniquè, appellationis remedio reparatur, id extendens etiam ad eã, quæ facta fuerat ab estimatoribus per partes electis, secundùm *gl.* quam allegat *in l. qui se grauatos, C. de cens. lib. 11. & in l. 1. C. de discuss. lib. 10. Bart. in l. fin. ff. de appell. ad recipiend. Valasc. de partit. cap. 29. num. 30.* quia id erit ante quàm fuerit portio acceptata, & quæsita partibus.

42 Colligitur quarto, vt qui sorti rem committendam potuerit, si ex cartellis fit, restitui in integrum non possit ad diuisionem rescindendam præsertim, pro secutis hinc indè conditionibus, perfecta sit, quia, & ex contrario potuerat ea sors incidere, ex qua lucrum secutus fuisset, cùm restitutionis causæ non ex euentu diudicantur, sed benè ex initio, & principio contractus, etiam cùm de minorum restitutione, quæ omnium precipua est, agatur, *l. 3. §. Seio, l. verò, § itèm non estit. ff. de minor.* nèc in hoc discrimẽ est an sorte, an electione diuisio fiat: nã cùm mutuo condiuisoris assensu sorti res committitur, videntur singuli ab initio eam quisque partem eligisse, quam sors esset allatura, in eoque potentior est adiudicatio huiusmodi, quàm quæ per arbitros partitur, aut per Iudicem arbitratur, quia non sicut arbitrorum, aut Iudicis factum, ità & sortis euentum videri potest factum partis, vt aduersùs eum, cui sors lucrum attulit, quasi ex facto suo lucrum illud censerit, restitutio concedatur: nempè quòd casu magis, quàm certo iudicio ea diuisio fieri videatur, non eo magis restitutionem inducere potest: immò tanto minùs, quod huius periculi pretio maioris lucri, spẽ emisse videtur is, cui & placuit electio, quàm sors esset, probatur in *l. propter spẽ § fam. ercisc. l. nàm hoc modo, ff. de hered. act. empt. l. si iactum, ff. de act. empt.* & hæc fuit illa distinctio, quæ fuit adhibita per *Gizzarell. d. d. cis. 57.* sequuta per addentes inibi, licèt non fuerit benè postmodum resolutum in eiusmodi executione iudicio meo.

43 Colligitur quinto, quod si quis ex condiuisoribus subtraxerit, vel alienauerit rẽm sibi per diuisionem debitam, & consignatam, si postmodum appareat læsus, non potest consocium prouocare ad faciendam iterùm diuisionem, adeo quòd velit ipse pecuniam pretij rei distractæ communicare, vt iterùm cùm alijs rebus diuidatur, quia certissimi iuris est; nunquàm concedi posse reductionem ei, per quem factum est: quamuis integra res sit, nèc si minor proponatur *l. quod si minor, §. Sceuola, ff. de minoribus*, quia omnium restitutionum commune ius est illud, vt omnia hinc indè in pristinum reducantur statum, *l. vnica, C. de repud. d. l. Sceuola, §. restit. ff. de procurat.*

Nèc etiam auditur prouocans: nisi adimpleat ex sua parte iudicio, quod adimplere tenetur, *l. Iulianus, §. offerri, ff. de act. empt.* si intendat constituere conuenctum in iudicio, *Afflict. decis. 220. n. 4. Osasch. decis. 160. n. 10. Odd. de in integr. restit. quæst. 47. par. 1. art. 1. & 3.* cùm rescissio, & reuocatio sint symbolæ restitutioni in integrum, quæ dicitur in pristinum repositio, *l. quod si minor, §. restituta, ff. de minoribus.*

Et etiam minor proponens tenetur acceptum offerre, adhuc vt prouocans in integrum reducatur, & non adsit intèr eos inæqualitas, & sic petat quis fructus perceptos à possessore, tenetur è contrà petens offerre vsuras pretij recepti, *l. 1. C. de distr. pign. & l. vetere, C. de pred. minor.* Vndè eadem electio, quę da-

44 tur postmodum emptori supplendi iustum pretium, aliàs nullatenùs potest à condiuisore, qui non elegerit, iterùm diuisio fieri; omninò à prouocante fieri debet reductio in communi rerū, quas etiam distraxerat: cùm melior cōditio socij esse non possit, qui ex bonis sibi per diuisionem acquisitis aliquid alienauit, quod in diuisione reponere nequeat, quàm venditoris, cui nihil potest imputari, si modo paratus sit reddere pretium, quod accepit, venditor enim & si pretium offerat, tamen electionem, quam emptori lex dedit, ei auferri non potest, si malit iustum pretium supplere, & rem retinere.

Condiuisor verò non sic, si paratus dicat reus, vt fiat iterùm diuisio, si omnia in pristinum, & integrum statum reponantur, cui nō sufficeret objicere, prout aliqui objiciunt, vt & ipsa bona in portionem suam computet, quasi hoc ipso conferat inuitus, accipiendo ex remedio, *l.* 1. §. *sed, & si tantum, ff. de collat. bonor.* quia obiectum non stringit nostram materiam; nàm cùm ei possit imputari cur distraxerit ante factam restitutionē, quando rebus non adhùc integris, vltro petat restitutionem: fieret tamen, vt pecuniam pro bonis reciperet socius inuitus: cui nihil imputari possit. Nèc in hoc potest substineri à contrarium sentientibus, quòd pretium succedit loco rei, maximè si ageretur de læsione hæreditatis iàm diuisæ, in qua intrat iudicium illud vniuersale fam. ercisc. quia hoc etiam alienum à veritate proculdubio est, si tàm generalitèr regulam illam intelligant: cum habeat ea suas distinctiones, nèc ad certas dumtaxàt actiones pertinet, & ad certos casus, vt *in l. item veniunt, §. simili modo, & §. vlt. & l. si lege §. constituit, ff. de petit. hered.* nullatenus ratio illa pertinere potest ad in integrum restitutionem, cuius natura, & conditio ea est, vt in eum pristinum statum restituantur omnia, in qua res erat priùs quàm contraheretur, vt suprà diximus, nèc ampliùs de iudicio fam. ercisc. agendum erit, quando semel facta bonorum diuisione, constat, iudicium illud superesse non posse, *l. familiæ, C. comm. vtriusque iudic.* nèc vsquè hùc concessum est, etiam rescissa diuisione per restitutionem restaurari communionem, quæ fuit semel extincta: tàm si per diuisionem, quàm per traditionem ex diuisione secutam: traditio enim cùm sit meri facti, non potest rescindi sola iuris, & legis potestate; sed rescisso contractu, retrotraditione opus est, vt dominium in pristinam causam reuertatur, *l. ab emptione, ff. de pact. d. l.* 2. *C. de rescind. vendit.* prout nèc obligatio, quæ ex facto peruenit acceptilatione deleri potest, vt sæpè diximus, hoc est de eo, qui prouocauit, & alienauit: si verò contingerit alienationem fuisse factam ab eo, cōtrà quem restitutio petitur bona fide, nulla ratio est, cur non liberari debeat collatione, aut imputatione pretii, quod redigit, quia nihil est, quod ei possit imputari, qui rem suam, & veluti propriam & iure suo distraxerit, nèc recusat quòminùs contractui paretur: cùm æquum esse debeat, vt sit melior ipsius conditio, quàm eius, qui post factam à se alienationem, restitutionem postularet.

ARGVMENTVM.

Actio an quæ datur socio in socium sit symbola actioni, quæ datur mandatario in mandatarium, discutitur inconciliabilis antynomia inter Caium *in l. qui proprio*, §. *fin. ff. de procuratoribus*, & Iulianum *in l. qui duos, ff. eodem*.

SVMMARIVM.

1 *Procurator an possit contrà alterum Comprocuratorem exercere mandatum.*

2 *Procurator simplicitèr constitutus in quo differat, si constituatur insolidum.*

3 Caius

3 *Caius* in l.qui proprio,§.fin.ff.de procurat.*refertur.*
4 *Iulianus* in l. qui duos ff. de procuratoribus *refertur.*
5 *Iuliani sententia* in l.qui duos, ff. de procuratoribus *defenditur.*
6 *Mandatary conditio alteratur in exercendo mandatum contra commandatarium.*
7 *Creditori magis expedit habere duos reos debendi, quàm vnum.*
8 *Commissio, & mandatum non possunt mutari,nèc extendi etiam in melius.*
9 *Domini conditio non efficitur melior in exactione sui crediti à procuratore contrà comprocuratorem.*
10 *Tutor contrà Tutorem,durante tutela non agit.*
11 *Caij sententia* in l. qui proprio, §.fin. ff.de procuratoribus *defenditur.*
12 *Tutor tenetur in tempore nomina debitorum pupilli exigere alias teneretur de proprio.*
13 *Procurator tenetur exigere, & non repudiare quæ Domini sunt: alias teneretur de proprio.*
14 *Iuliani sententia* in l. qui duos, ff.de procurat. *quomodo conciliata cum Caij responso* in l. qui proprio, §.fin.ff.eod.
15 Gabrielis Pereyra decisio Portug. 110.n.4.*confutatur ab Authore.*
16 Gl.in l.qui proprio,§.fin.ff.de procurat.*confutatur ab Authore,* & num.17. 18.& 19.
20 *Doctores tenentes, procuratorem posse agere contra comprocuratorem, quomodo intelligendi.*
21 *Authoris conciliatio* text.in l.qui proprio, §.fin.cùm l.qui duos, ff. de procuratoribus.
22 *Mandatores diuersi an teneantur vnum procuratorem constituere,& num.*23.
24 *Creditores instrumentary Vniuersitatis tenentur vnum dumtaxàt procuratorem constituere ad exigendum, qui vnus procurator potest destinare commissarium pro omnibus.*
25 *Procurator ad litem absque speciali mandato non potest soluere id, quod est petitum,nec nouation:m facere.*
26 *Procurator ad deponendum pro principali quale mandatum habere debet.*

C A P. X.

Actiones, quæ ex contractibus symbolicis nascuntur adhùc symbolæ esse videntur;& consequentèr,sicuti cõtractus societatis symbolus cùm contractu mandati visus hactenùs fuit, videndum meritò,an actiones, quæ ex eis nascuntur adhùc symbolæ dicantur,& in
1 mandatario poterit dari casus, quando mandator duos instituerat mandatarios generales cùm libera, ex generali mandato, & vnus vellet ab altero debita exigere nomine Domini; an possit in primis dignoscendum est, vt quæstio sit de suppositis, & dubitabili symbolo.

2 Nam nullius dubitationis est, quin duo, vel plures procuratores constitui possint: cùm hac tamèn dinctione, vt si simul constituentur, & non fuerit dictũ insolidũm, vnus sine alijs non admittitur, sed si insolidum fuerint constituti, quilibet eorum poterit Procuratoris officium exercere, quamuis melior esse debeat conditio occupantis: nisi dictũ fuerit in constitutione,quòd melior cõditio accipiẽtis nõ fiat,*c.si duo in princ. de procurat.l.pluribus, vbi Doct.omnes, ff. eod.* ex qua regula ad maiorem intelligentiam octo distinguit casus *Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib.7. tit. 17. per totum*, in quibus probat, quando Procurator possit solus,& quando insolidum agere, & quando cùm adiuncto contrà tertios: sed non contrà se ipsos, & queml bet ipsorum.

3 In materia verò, de qua àgimus, res non transit sine scopulo, ex dissidio Consultorum,*Cai* scilicèt; & *Iuliani*, respondet *Caius in l.qui proprio, § fin. ff.de procurat.* tali methodo, *si duobus mandata sit administratio negotiorum, quorum alter debitor sit mandatoris, an alter cùm eo rectè acturus sit, & vtique rectè: non enim ob id minus Procurator intelligitur, quod is quoque,cùm quo agitur,Procurator sit.* Hæc Caius.

4 *Iulianus* verò *in l.qui duos, ff. eod. tit. de Procurat.* totum contrarium statuit, ibi, *Qui duos Procuratores rerum suarum omnium reliquit: nisi nominatim præcepit, vt altèr ab altero pecuniam petat, non*

videtur mãdatum vtrilibet eorum dedisse. Ecce, quod aut est verùm quod dicit *Caius*, & quæstio non erit de non ente, aut veritas erit *Iuliani*, & quæsitum erit inane absque suppositione, eneque formato.

5 Pro *Iuliani* sententia infrascripta applaudent. Primo, quia mandatum generale vtcumque sit ex mente concedẽtis coangustatur, vt *in cap. qui ad agendum*, ibique plenè notata per *gl. & Doct. de procurat. in 6. & in l. mandato generali*, ibique *per gl. & Doct. ff. eod.* quæ mandantis mens elicitur maximè, quando fieret status mutatio, quod tùnc non tantùm mandatum non extenditur; sed quod magis reuocatur *l. cùm quis in princ. vbi Bart. ff. de solut.* quinimmò etiã in deteriùs non esset mutatus status, sed in æquè bonum, vel etiam in meliorem fortunam, quando procuratoribus conditio ad conueniendum difficilior facta est, per hoc mandatum generale reuocatum, ademptum, vel nunquã datum intelligitur, *Vasq. de success. creat.* §. 17. *n.* 95. *& n.* 99. *& num.* 94. *& in* § 15.

6 *num.* 53. Sed sic est, quod per exactionem vnius mandatarij contrà alterum mandatarium alteratur eius conditio, aut in difficiliùs eum conueniendo ex duplici debito, quod contrahit cùm mandatore illius suæ administrationis, & alterius exactionis ab altero commandatario, quod non expedit mandatori, ex quo fieret deterius eius con-

7 ditio: cùm magis expediat habere duos debitores minùs gratos, quàm vnum magis gratum *Cancer. ad lib. 4. Salust Iuliani tomo 1. ad d. l. qui duos. Petr. Castald. aduers. pandect. par. 1. folio n. eo* 60. igitur currit *Iuliani* sententia.

8 Secundò probatur: nàm conditio, & mandatum non possunt mutari, vel extendi etiam in meliùs, text. not. *in l. fin. C. de negot. gest.* maximè, ibi, *licèt res benè ab eo gesta sint, adeo est verum, quod fines mandati excedens, vt transgressor interdùm capite puniatur, & mulctetur, & si rem benè gesserit, l. desertorem, § in bello, ff. de re milit. Neuiz. in sua Sylua nupt. lib.* 6. sed sic est, quod vnus ex procuratoribus exigens excedit mentem mandatoris, vt suprà diximus, ergo etiam si in meliùs excederet non potest mandatarius.

9 Tertio, quia si vt reque potest exigere à l inui em, requeretur, cum quilibet age et, & le el tione f erret debiti alteni, nec melior efferetur causa Domini non solum, motis ab vtraque parte actionibus, del tantur de vna in aliam per omnia, & duo adhùc manerent debitores, vt antea; si ergo mutatio hæc nihil commodi affert, immò maximum incommodum, & damnum mandatori, ex eo, quia isti procuratores exigendo vnus ab altero suspenderent nomen Domini infructuosè, præsumitur Dominus potiùs voluisse sic eos manere, donèc ipse veniat.

10 Quarto facit text. *in l. cùm plures, ff. de adm. instr. Tut.* vbi Tutor contra contutorem, durante tutela, non agit *l. aduersùs, C. de administr. Tut.* ✝, *quamdiù administratio communis durat, exerceri iudicium non potest*, ergo idem de mandatario, durante mandato, prout de institore, durante negotio, diximus suprà.

11 Cæterùm pro tuenda *Caij* sententia non sunt minoris famæ instructæ instantiæ, & earum Prima, quia in generali mandato intelligitur facultas exigendi pecuniam à quouis debitore, *l. procurator, cui, ff. de procurat.* sed procurator est debitor, qui ex forma mandatoris non excluditur, vt ipse soluat, sicuti, & cæteri debitores, cuius eius alterum mandatum non facit ipsum exemptum à solutione Domino, ergo nèc vt soluat Procuratori cùm valido generali mandato ad exigendum, *l. Penitentius*, §. *ex his, ff. eodem*, ibi, *non exigimus, vt habeat voluntatem, vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur*, igitur sen per, quod de contraria Domini voluntate non constat aduersùs facultatem, quàm habet mandatarius exigendi à quocumque vi generalis mandati, non impeditur quo minùs exigere valeat à commandatario.

12 Secunda erit instantia, quia quemadmodum Tutor tenetur nomina debitorum in tempore exigere, aliàs ex

eius

eius culpa debitum pateretur diminutionem ob debitores effectos non soluendos, ipse teneretur de proprio *Plotus in recept. l. si quando, num. 216. C. unde vi, Burg. Caualc. in tract. de Tutor. num. 218. & in decis. Fiuiz. 39. num. 134. parte prima, Socc. in cons. 2. num. 8. & seq. alijque passim*; sic etiam Procurator generalis, qui ex sua negligentia non exegerit credita Domini in tempore, ipse Domino tenetur, vt probauimus supra, ergo quemadmodùm fieri potest, vt Procuratoris exactum ab altero comprocuratore non sit vtile Domino, sic etiam fieri potest, vt sit damnum Procuratori non exigenti: sed quando in eodem subiecto concurrunt damnum positiuè, & vtilitas negatiuè, damnum vt euitetur præualet vtilitati non consequutæ: cùm qui certat de damno agit de sui Patrimonij diminutione, *l. 3. ff. de damno infecto*, qui verò de vtilitate cessante, de interesse non sequuto, quæ vtilitas cessans non consideratur, quàmuis aliundè parum ex re reddita oriatur, vt *in l. si sterilis, §. cùm per venditorem, ff. de act. vendit. Tholos. syntagm. iur. ciuil. vniuers. lib. 21. cap. 10. sub num. 3. in fine.*

13 Tertia facit instantia, quia Procurator ratione sui officij, ex iuris dispositione tenetur acquirere, & non repudiare quæ Domino quærenda sunt, alias non acquirendo, & repudiando teneretur ipse de suo, prout de Procuratore probatur, *in l. dolus, ff. mandati, l. illud, §. sed, & si mercem, ff. de Trib. Alciat. & Rebuff. in l. alienationis 28. vers. intellige, ff. de verb. sign. Anneus Robertus Rerum Iudicatarum lib. 3. cap. 12. D. de Franch. decis. 101. num. 32. D. Carleu. de Iudic. disput. 25. lib. 1. tit. 3. n. 4. & 12. Castillo lib. 5. controuers. cap. 113. num. 13.* de Tutore est textus *in l. quicquid, C. arbitr. tut.* & de Prælato facit text. *in Clement. quia contingit, §. vt autem de relig. domib.* Vndè eliduntur rationes adductæ pro *Iuliano*, quod non expedit mandatori, vt alter ex procuratoribus non exigat, quia idem esset si spontè solueret mandatarius commandatario, & tamen soluendo liberatur; adhùc si Domino non fuisset expediens, ergo si liberatur, rectè ab eo exigi potest, & debet.

14 Vndè pro conciliandа eiusmodi iurium antynomia, adducunt aliqui pro regula: *Caij* sententiam: non scilicèt Procuratorem ab alio comprocuratore pecuniam debitam exigere prohiberi, & oportere, vt hoc exprimatur, verùm sufficere, donèc voluntas contraria probetur, *d. l. Pomponius, §. his, ff. de procurat.* quia est verissimum in generali mandato contineri facultatem exigendi pecuniam à quocumque debitore, *d. l. Procurator, cui*, sic explicatur *text. in l. itàque illo tit.* quæ admittit exceptionem etiam eo casu, quo mandatum specialitèr manauerit, vt procedat non relatione ad *d. §. fin. legis qui proprio*, sed ad proximam legem *qui duos*, explicans, quod quando specialitèr conceditur procuratori, vt pecuniam petat, eo casu, eo excipiente de æquali mãdato, oporteat de mandato speciali replicare; quo casu termini fient habiles, veluti, si generale ad omnia negotia vtriq; Procuratori mandatum datum est, & alteri eorum conceditur facultas in alio instrumento ad pecunias exactas à socio in administratione colligendas, & mittendas Domino, tùnc si comprocurator exciperet virtute primi mandati, socius replicet ex secundo speciali: quia si taceat, prima exceptio obtinebit, de quo est text. symbolus *in l. siuè apud acta, C. de transact.* ibi, *si exceptio pacti apposita fuerit doli mali, vel in factum explicatione vsu potiùs ad obsequium placitorum aduersariorum tuorum vrgere*, hanc conciliationem conatus fuit adhibere *Gabr. Pereyra decis. Portug. 110. sub num. 4.* subdens *in vers. atque ex his*, Procuratorem in isto casu admitti posse mero iure, vt à socio exigat debita, aliud sentiens in casu si constiterit, Dominum pecuniam dedisse Procuratori sub vsuris, quo casu non est simplex debitum: cùm præcesserit contractus, quem Procurator retractare non potest in damnum Domini, in cuius gratia semper extendenda est potestas, vt melior efficiatur eius conditio, non verò deterior, & sic instabat in contingen-

gentia illius facti, pecuniam fuisse à Domino datam Procuratori ad lucrum: Vndè si ad comprocuratorem reuerteretur citrà, vel contrà Domini voluntatem, infructuosa rediret.

15 Cęterùm hæc Pereyrę conciliatio videtur prorsùs diuinatoria, nèc conuenientiam aliquam continet: nàm quod *Caius* replicat *in d.l. itàque. itàque si hoc specialitèr mandatum est, tùnc excipiente eo, cùm quo agi ur, si non mihi mandatum sit, vt à debitoribus peterem, vt rem ità debere, replicare p'acet si non mihi mādatu sit, vt à debitoribus peterem*, quæ l.x non potest adaptari legi superiori proximæ, secundùm sententiam *Iuliani* prolatæ *in l. qui duos*, in qua adest dispositio annullatiua per actum negatiuum, ibi, *non videtur mandatum cuilibet eorum ded sse*, ergo si non dedit, quomodo de eo intelligi potest, sed magis aduersatur eiusdem *Caij legi in d.§.fin.* in quo asserit, sufficere generale mandatū, speciale, ibi, *Actorem itàque debere replicare, p'acet si eum mihi mandatum sit, vt à te peterem*, quod notat *gl. in verbo mandatum sit*, hoc est specialitèr, nèc in benè conuenit *Caius* cùm *Iuliano*, omnes concurrentes requiri mandatum speciale, *Iulianus*, inibi, *nisi nominatim præceperit*, & *Caius*, ibi, *si cùm mihi mandatum sit, vt à te peterem*, sed quomodo intelligendus *d.§.fin.* eiusdem *Caij*, qui aduersatur, & *Iuliani*, & eiusdem *Cai* responso, vsque adhùc remanet suspensum.

16 Et si velis *gl.* intellectum approbare *in d.§.fin.* dat is triplicem intellectum. Primum in distinguendo, an sit Procurator in exigendis debitis tantùm, vt hic, an omnium factorum Domini, vt ibi, *& erit ibi ratio, quia in primo casu cùm mandatum sit, vt ex iudicio exigat hoc à se non potest*: Vndè est, quod hic alij intelligatur mandatum, in secundo nonnisi habeat speciale mandatum, vt *in d.l. itàque.*

Secundùm dat intellectum, quod scilicèt *in d.§.fin.* fuit commissa administratio Italicorum, vni prouincialium negotiorum: Vndè sicut, si esset vnus in totum Procurator contrà alium in omnibus ageret, quasi, vt alter à toto prohibitus, sic & hic, quasi à parte prohibitus, poterit alium pro sua parte administrationis conuenire: nàm quod facit in toto quoad totum denegata administratio, hoc non facit in parte, quoad partem, *l. si duo, & l. inter Tutores, ff. de administr. tut.* hoc fuit dispositum dicit *gl. in d.§.fin.* in subsequenti verò *l. qui duos*, cuilibet in totum administratio commissa fuit.

Tertium intellectum, quem accomodat *gl.* ad leges illas conciliandas, posuit in distinguendo de quo debito agatur, si de eo, quod erat ante mandatum; benè possit agi à Procuratore contrà comprocuratorem; sin autem de eo, quod post contingisset, non posset: tametsi actiones competant, sed ex causa intrinseca cœpit deberi, si autem ex ipsa administratione non antè est actio, quā finita sit ipsa administratio, vt in tutela dicimus *in d. l. si Tutor, & l. seq. de tut. & rat distrah.*

17 Hi sunt tres intellectus accomodati à *gl.* ad conciliandas dictas leges, quiq; si germani, vel alieni prorsùs sint, dignoscemus ab incongruo.

Primus enim intellectus dignoscitur valdè longeuus à congruentia facti, quia nunquàm, & in nulla textus parte apparet in dicto *§. fin.* mandatum fuisse datum ad exigendum debitorem duntaxat: sed ad negotia, ibi, *negotiorum* immò apparebit totum contrarium, de quo *gl.* somniatur.

18 Secundus intellectus applicatus à *gl.* est Prouincialis, & Italicus: sed quis hoc nunciauit *glosa*, mandatorem scilicèt voluisse negotia Italica vni, & Prouincialia alteri committere, etiam si esset Imperator, vel magnus Dominus, qui talia possideret, ipsa videat, si benè, vel insulsè applicauerat: quid commune habet quæstio de mandato Procuratoris, an is possit, vel valeat suum comprocuratorem exigere cùm Italia, & Prouincia? De nocte forsitan hęc scripsit *glosa* dormiendo potiùs, quàm inuigilando: quemadmodùm aliquando dormitat Homerus, vt est in communi adagio.

19 Tertius intellectus est peior prioribus: quid enim commune habet debitū si incipiat per priùs, vel per posteriùs

& prio-

cùm facultate tributa Procuratori ad exigẽdũ, qui ex sui negotij generalitate & priora, & posteriora semper debita exigere valet, prout & ipse Dominus; vel affirmare debuerat *glosa*, mandatum insufficiens quoad omnia fuisse, aut sufficiens ad vnumquodque, quid sibi postmodum velit cùm hac somniata distinctione, quid commune habet Tutor cũ Procuratore debitore aliundè, quàm ab administratione. Ideò enim Tutor non potest conueniri ab altero Contutore, quia adhùc pendet tutelæ administratio, & de eo negotio agitur, *l. actus, l. 3. de administr. Tut.* quando verò dicimus comprocuratorem non posse conueniri ab altero comprocuratore, vt germanum sit symbolum, debet intelligi de eo, qui ministrat procuratorio nominè, non vero de eo, quod ab ipso debetur præter officij administrationem pendentem, prout sic etiam esset in Tutore, qui tenetur debita pupilli persoluere independentia ab administratione alteri Contutori, etiam non finita tutela, *l. si plures, ff. de administr. tut. l. 2. C. eod. tit. vbi gl.*

20 Nèc *Bart. Bald. Angel. & Paul. Castr. in d. § fin.* aliquid sibi quærunt, quando dicunt regularitèr posse Procuratorem agere contrà comprocuratorem, vt in *d. §. si duobus*, & limitationibus adesse *in legibus sequentibus*, scilicèt, si illud specialitèr sit expressum, quod non possit agere, & quando dicunt insolidùm, vel solidùm, quia quicquid dicant, adhùc prætereà immò contrà iurium dispositionem collocant, cùm, de quibus ipsi dicant, leges penitùs excogitarunt.

Nèc me latet *cons. siuè quæst. Federici de Sen.* 180. vbi ex distinctione *Odifredi* inibi per ipsum citati affirmat, procuratores insolidùm constitutos non posse ad inuicem molestari, ad instàr Tutoris, secùs, si simplicitèr sint creati, quia nec *Federici* assertio currere potest, cùm in vtroque textu sint Procuratores insolidùm relicti *in d. §. fin.* omniũ bonorum, & *in d. l. sequenti*, vniuersarũ rerum, nèc hoc distinxerunt leges præfatæ, & consequentèr, nèc nos distinguere debemus.

21 Tu dices, ni fallor, non esse verisimile *Caium* voluisse illicò, & impertinentèr se corrigere, alitèr disponendo *in d. §. fin.* & oppositum *in d. l. itaque*, quemadmodùm posset nasci intèr diuersa ingenia aliquod dissidium, nempè intèr *Iulianum*, & *Caium*, nō autem intèr *Caiũ*, & *Caium*: cùm naturalis sit hominum ad dissentiẽdum facilitas, *l. item si vnus, §. principalitèr, ff. de recept. arbitr.* Vndè affirmandum veniet, quod regularitèr sit totum contrarium, de quo in regula posuere supracitati *Doctores*, quando dixerunt, quod regularitèr potest Procurator suum comprocuratorem constringere, restringendo cæteros casus per ipsos exceptos, cùm omninò diffiniendum, & pro regula *tenendum, & habendum*, vt nullatenùs possit Procurator astringere suũ comprocuratorem absq; speciali mandato, & sic *text. in d. l. qui duos* erit in regula: non verò *text. in d. §. fin.* qui debet esse in exceptione, & dicendum, *Procuratores duos omnium rerũ suarum relictos non posse ad inuicem molestari absque speciali mandato*, ratio est, quia vniuersales sunt Procuratores in administratione rerum omnium, qua administratione durante, alter ab altero inquietari nequitur: In specialibus verò negotijs secùs est, quia tùnc expędit Domino ea explicari, & in quantum est possibile restringi, & clarificari, & sic quando alter eorum est debitor, & alter non, potest non debitor, cui maior fides in negotijs gerendis demandata præsumitur, quàm debitori; absq; speciali mandato exigere ab altero debitore: & proindè nota diuersum modum loquendi in vno, quàm in altero textu: cùm *in dicto § fin.* dicatur, *quorum alter est debitor*, & *in l. qui duos* alitèr statuitur, ibi, *nisi nominatim præceperit, vt alter ab altero pecuniam petat*, ergo non vt exigat ceù debitor, sed tanquàm administrator, nota verbum *petat*, ergo nō vt exigat necessariò ceù debitor, sed vt petat vt administrator, & sic illud discrimen est, prout intèr voluntarium, & necessarium exactorem, nàm si vis petere à me quod tibi necessariò non est cõmissum, non rectè petere poteris: sed si exigere velis quod necessariò exigere poteris, quia de necessitate negotij est,

vt

vt debitor exigatur ad augendum negotium, vtiquè rectè exigere poteris, propter illam necessitatem cogentem ad augendum negotium tui principalis, & sic benè conueniunt *Caius*, & *Iulianus* in omnibus iurium dispositionibus: *Iulianus* scilicèt generalitèr loquendo de comprocuratore *rerum* indefinitè: non posse tùnc scilicèt conueniri vnus ab altero, concipiendo casum in speciali modo *Caius*, in eadem specialitate sese constituens dicit, *negotiorum*: Vndè dicendum, quod quando affirmatur per text. in contrarium allegatum *in d.l. procurator, cui, ff. eod.* posse scilicèt procuratorem cùm libera excutere principalis debita absque alio speciali mandato, debet intelligi regularitèr, & in hoc cōuenit contrà omnes debitores, quos verisimilitèr ex illo generali mandato voluerit Dominus, vt excuteret Procurator, non verò extenditur ad casum, in quo Dominus non concurreret absque speciali sua ordinatione, intèr quos exactor non est vnus ab altero, quia tùnc Dominus omnibus æqualitèr fidē commiserat, non tantùm in eo, quod omnes, vel vnus ex ipsis ei debetur, sed etiam in cæteris ab eis excutiendis, & expendis debitis, quibus exactis, vel per vnum, vel per omnes, ex comprocuratoribus generalibus, remanent magis debitores mandatori ex illo pluri, quod ad eorum manus peruenit in exigēndo nomine Domini, cui postmodùm restituendum foret actione mandati. Or, si mandator fidem commisit illis, & cuilibet ipsorum, vt in generali rerum administratione possint vlterius reddi debitores, non est verisimile postmodùm diminuisse fidem ex generali contraria mente, nisi in specie id expressisset tanquā sibi reseruatum quoad alterutrum, & hoc est, quod voluit dicere text. *in d. l. Pomponius, §. in his autem*, ibi, *ergo non exigimus, vt habeat voluntatem, vel mandatum, sed nè contraria voluntas probetur*: cùm qui habent generale mandatum non possunt facere ea, quæ verisimilitèr mandator ei nō commisisset, prout est molestare eum in eodem casu, in quo mandator fidem commisit, non tantùm, de quo debetur; sed etiam de futuris debendis per exercitium mandati generalis delegati, de qua contraria voluntate non constat *in d.l. qui duos*, prout apparet *in d. §. fin.* in quo adest specialitas in negotijs demādatis, vt ab exactis quibuscunque debitoribus ea augeantur, quod non est in dicta *l. qui duos*, in qua non censentur comprehensæ personæ, quibus generalis demandata est administratio, prout è contra, quando dicimus, quod quis promittit aliquid facere, & præstare contrà quascumque personas, non præsumitur promisisse contrà se ipsum, *l. si mercedem §. vlt. ff. de act. empt.* vbi notat *Bart. nu. 2.* & in specie probatur *in l. inquisitio, C. de solut.* vbi confessio procuratoris, quod solutum fuerit omnibus, non comprehendit personam procuratoris, ratio est, quia nemo præsumitur in dubio velle facere contra se ipsum; scilicèt contrà ordinatam charitatem, *l. Prases, C. de seruit. & aqua*, & per verba quantumuis generalia, & ampla non videtur comprehensa persona disponentis: immò excepta, & fatuus videretur ille, qui contrà se loquitur *Bald. in l. si quando sub n. 2. C. de constit. pecun.* Prout dicimus de duobus Iudicibus paribus, quorum alter non est Iudex alterius: nisi specialitèr habeat alter mandatum à Principe contrà alterum, vel ex contraria voluntate id appareat, ex regula, quod par in parem non habet imperium, *l. nam, & Magistr. ff. de arbitr. Rol. à Valle cons. 1. n. 37. vol.* & sic errant etiam aliqui putantes, textum *in d. §. fin.* suppleri per *legem* subsequentem, *qui duos*, intèr quos adduximus *Petrum Castald. aduers. pandect. par. 1. lib. 3. eod. tit. in d. l. qui proprio, §. si duobus in fine fol. meo 124.* quia *in d. l. qui duos*, non est eadem dispositio, prout *in d. §. si duobus*, sed benè diuersa symbola dispositioni, *l. si plures, ff. de administr. Tut.* & si meliorem intellectum ad conciliandas dictas inestricabiles leges inquirere velis tu, qui legis, cogita si poteris.

22 Hæc habemus de pluribus procuratoribus, quid dicendum de pluribus mandatoribus, an ij ceū symboli teneātur vnum procuratorem constituere, casus euenit apud *D. de Franch. decis.*

309.

309. in qua fuit decisum in illius facti contingentia, quod rei conuenti constituerent duos Procuratores ratione connexionis causæ, & ceù socij reputabantur tanquàm vna, eademque persona, quam decisionem extollit, *Felic. de societ. cap. 3. num. 19.* & comprobat *D. de Luca ad Franch. obser. 309. sub num. 2 in fine.*

Quod non esset, si plures essent conuenti in causa diuidua, vtputa si plures hæredes post mortem defuncti conueniantur, nullatenùs iudicio cæpto cùm defuncto; tùnc dubio procul plures possunt constitui Procuratores: secùs si iudicium fuerit cæptum cùm defuncto, & posteà continuatum ab hæredibus, ex quo tùnc benè debet vnus constitui Procurator ab hæredibus, qui tanquam socij repræsentant vnicam personam defuncti in illo iudicio cùm ipso cæpto, vt probat idem *de Luca dicta obseruat. 309. num. 3. & 4.* quod vt eadem sit ratio, & contrariorum disciplina, sic pariter affirmandum est in pluribus actoribus contrà vnum reum conuentum, ipsi itidem si pro vna eademque causa vnum conueniant, debent similitèr vnum Procuratorem constituere, nè reus fatigetur in respondendo diuersis actis per diuersos Procuratores factis, & fa-
23 ciendis, & sic in specie ad exigenda debita instrumentaria contrà Vniuersitatem fuit sancitum per *Reg. Prag. D. Beltrani*, vt scilicèt omnes creditores instrumentarij constituerent vnum dumtaxàt Procuratorem, qui valuisset eorum credita exigere, & pecuniam exactam distribuere intèr concreditores, & hoc nè vniuersitas grauaretur pluribus commissarijs ab vnoquoque (quando essent plures Procuratores) destinandis. Prout etiam si plures es-
24 sent socij possidentes vnam iurisdictionem, quod in exercitio illius iurisdictionis constituant, & eligant vnum dumtaxàt Iudicem, vnum Officialem, vnumquè Scribam, ratio est, quia de omni præcepto politico est, vt per vnum, & non per plures res publica, & Populus regatur *ad text. in l. 2. §. deindè, quia difficili, ff. de orig. iur. & in l. quoniam in plerisque, §. prohibemus in verbo nostrum vbi gl. ff. de offic. ordin.* dummodo non sint separatæ iurisdictiones: nempè vt vnus possideat ciuilem, alter verò criminalem iurisdictionem, tùnc benè possunt duo constitui Officiales, vnus à possidente iurisdictionem ciuilem, qui valeat ciuilem iurisdictionem administrare, & alter à possidente iurisdictionem criminalem, qui similitèr etiam valeat suæ criminali iurisdictioni præesse, adeo quod vnus ab altero, & è contrà non turbetur ad inuicem, vt extat sancitum *in Regno per tot. tit. de iurisdict. inuicem non turband. in Pragm.* & per priùs voluit *Bald. in l. Imperialem, §. prætereà ducatus num. 3. circa medium*, post eum *Mont. contr. 21. num. 18. vers. med.*

25 Ex quibus nota primo, quod sicut Procurator absque speciali mandato non potest compellere suum comprocuratorem ad sibi soluendum quod procuratorio nomine ab eo petijt, sic è contrà nèc potest ipse absque tali speciali mandato de iure soluere, quod contrà eius principalem est petitum, *Paulus in l. si quis cùm Procuratorio, ff. de Procuratoribus*, nèc petere dilationem ad soluendum *Math. sing. 30. D. Stayb. resolut. 78. num. 4. & 135. num. 18.* nèc nouationem facere, *Dec. cons. 143. num. 12. Hieronym. Gabr. cons. 155. num. 39. lib. 2.* post eos *D. Reg. Rouit. decis. 13. sub num. 3. in fine.*

26 Nota secundo, quod Procurator, vt deponere valeat pro principale suo debet habere specialissimum mandatum ad respondendum, sic, & sic, *Hon. cons. 66. num. 73. & seq. lib. 1. Menoch. cons. 80. num. 64. Paris cons. 115. num. 18. lib. 1. Ludouic. decis. 75. Vrsill. ad Afflict. decis. 148. in fine, Rota Romana decis. 779. num. 2. in recens. Seraph. decis. 977. num. 5.* & sic fuisse decisum per S.R.C. testatur *D. Reg. Rouit. decis. 34. in fine*, licèt alitèr fuerit in eadem causa decisum per idem S. C. vt sufficeret scilicèt speciale mandatum cum libera, testatur *D. Altim. obseruat. ad dict. decis. 34. in principio*. Quod non practicatur in Senatu Pædamontano testatur *Ca-*

cher. decis. 113. *num.* 2. *&* 13. vbi debet respondere principalis, licèt Procurator habeat speciale mandatum. Vide *Fontanellam decis.* 17. *num.* 1. *&* 2. *vol.* 1.

27 Nota tertio, quod socius quando communionem habet in re cùm altero socio potest illum compellere ad sibi vendendam partem suam ratione euitandi scandalum, dummodò maiorem habeat partem qui petit rem sibi vendendam per *text. in l. Sancimus*, §. *nèc autem*, *C. de donat. l. si quæ sint coalitiones*, *ff. fam. ercisc. Arism. Tepat. tomo* 2. *var. sent. tit. com. diuid. fol.* 284. *vers. in re communi*, *Guid. Papa sing.* 557. quicquid dicat *Steph. Grat. decis. March.* 169. *per tot.* diximus supra *in cap.* 1. vt possit scilicèt vna ex Vniuersitatibus discedere à communione ad euitandum consocium rixosum.

Ex quibus impositum veniet silentium cuiusmodi tertio Titulo ad laudem, & gloriam Omnipotentis Dei, Sanctissimæ Mariæ semper Virginis, omniumq; Sanctorum.

Annotatio. Diximus, quod intèr coniuges non contrahitur societas: nisi in illis regionibus, in quibus adest vsus contrahendi talem societatem intèr eos, talis consueta societas est coniugalis symbola tacitæ conuentionali, *Carpan. ad stat. Mediol. cap.* 483. *nu.* 59. *par.* 2. *Ludouic. concl.* 53. *de societ. vers. quia generalSeard. de contr. tit. de societ. num.* 8. non vero communioni, quia societas non est communio, nèc è contrà: licèt communio sine societate, & societas sine communione stare non possit, *Valasc. de partit. c.* 5. *num.* 21. tamèn incidentèr quoad communionem, non ex contractu, vt diximus.



DE

DE MVTVI, COMMODATI, DEPOSITI, ET PIGNORIS SYMBOLICIS CONTRACTIBVS

TITVLVS QVARTVS.

ARGVMENTVM.

Mutuum, & depositum an sint symbola ad intellectum, *Text. in l. 2. §. mutui datio, ff. de rebus creditis, & si cert. petat. & l. Lucius, ff. deposit.*

SVMMARIVM.

1 *Vendendi, & permutandi promptuarium commodum semper non est.*
2 *Mutuū est facillima hominum subuetio.*
3 *Mutuum quasi meum, & tuum.*
4 *Mutuum re contrahitur.*
5 *Mutuum ex quibus rebus contrahi valeat.*
6 *Mutui, & commodati differentia.*
7 *Mutuum in quo differat à stipulatione.*
8 *Obligationes, quæ ex contractu proficiscuntur, quæ.*
9 *Contractus qui re, & qui verbis perficiuntur.*
10 *Mutuum an sit contractus stricti iuris, & num. 11. 12. & 13.*
14 *Mutuum, vt de meo fiat tuum an interfit.*
15 *Causam perdit is, qui non probat, ad quod se astrinxit.*
16 *Exceptio rei alienæ in mutuo an admitti valeat.*
17 *Actio certi condictio est personalissima.*
18 *Actio quæ detur pro recuperanda eadem re mutuata.*
19 *Accessiones frumenti, & ordei mutuatorum quomodo petantur.*
20 *Vsura quæ odiosæ dicantur.*
21 *Mutuum consistere in re, pondere, & mensura quomodo intelligitur.*
22 *Diffinitio in mutuo impugnatur, & nu. 23. 24. 25. 26. & 27.*
28 Text. in l. 2. §. mutui datio *reuocatur in dubium, & recensentur Doctores illum diuersimodè explicantes num.* 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. *&* 36. *reponitur sub nouissima difficultate ab* Authore *num.* 37. *refelluntur interpretes num.* 38. 39. *&* 40. Authoris *sententia num.* 41. *& resoluuntur obiecta n.* 42. 43. 44. 45. 46. 47. *sequitur septimum dubium, & resoluitur per* Auth. *contrà aliter tenentes vsquè ad finem cap.*

CAP. I.



1 INtèr præcipua, quæ ad ciuilem societatem existimantur, mutuum, & commodatū semper necessaria fuere: cùm non sēper sit promptuarium commodum vendendi, permutandi, donandi, locandi, societatemque, & mandatum ineundi, prout facillimè contrahi possunt mutuum, & commodatum; nàm vt miserrima hominum vita substineatur: faciliùs est mutuum inuenire, quàm cæteros contractus peragere: cùm in mutuo non sit necesse, vt possideat mutuatarius ad hoc, vt sub-
2 ueniri possit, suisque necessitatibus occurrere, & ideò non alteratur hic mu-

 tui

Digitized by Google

exceptio, quod pecunia esset aliena, quãuis etiam hoc fateretur mutuans, & proindè non poterit se liberare à restitutione is, qui mutuum accepit: licèt etiã in principio tale mutuũ non valuerit tãquàm de re aliena: tamèn per consumptionem reconciliatur, quod à principio non valuit, & pro ea incipit competere vtilis actio ex illo mutuo reconciliato: cùm ista consumptio afferat tantam vtilitatem, quantam si à principio fuisset factus Dominus: vndè probat *Bald. in l. 2. §. appellata col. 1. vers. opponitur ad idem, ff. si cert. petat.* in hoc de æquitate teneri mutuatarius, quod non esset si mutuum esset contractus stricti iuris, in quo æquitas non præualet.

Et licèt, secundùm aliquos, stante ista consumptione, videatur potiùs cõpetere condictio sine causa, vel illa, de qua *in l. si me, & Titium, ff. si cert. petat.* prout etiam affirmant in vero mutuo, in quo datur actio certi condictio specialis ad *text. in §. 1. vbi Doct. instit. quibus mod. re contrah. obligat.* ac *in l. serui condictio. ff. si cert. petat.* quæ actio est perso-
17 nalissima *Gait. de credito cap. 4. q. 11. sub n. 1497.* quòd si mutuator pactus fuisset, vt eadem species mutuata restitueretur: tùnc non ampliùs diceretur mutuum,
18 sed in alium transiret contractum, & consequentèr, si eadem res mutuata extaret, actio dirigenda pro mutuo in personam, non autem in rem, cuius dominium effectum fuit mutuatarij, secundùm *Ludouic. Gomes. in §. superest instit. de act. sub n. 24.* quod tametsi mutuum sit contractus nominatus, tamèn non parit nominatam actionem: cùm ex eo nascatur certi condictio specialis, & generalis, quæ sunt innominatæ, vt dixit etiam *in d. l. certi condictio in princ. ff. si cert. petat.*, quia veriùs est, dari actionem pro mortuo, vt de magis communi testatur *Purpuratus in d. l. 2. §. appellata col. 3. ad finem vers. non tamen est recedendum num. 14. ff. si cert. petat.* sequitur *Grat. discept. forens. cap. 261. sub num. 25. vers. tamen verius est*, quia accessiones
19 frumenti, ordei, vel olei mutuo dati etiam ex nudo pacto præstandas esse, asserimus, non tamen affirmamus vt cõdictione ex mutuo vti possit, cùm nihil aliud ea actione peti valeat, quàm quod re vera creditum est, non actione propria ex pacto, quæ iure ciuili nulla est; sed ad actionem præscriptis verbis attendimus, quæ competit ex conuentionibus omnibus efficacibus quidem ad producendam actionem nomen proprium non habentem, *l. 1. l. naturalis, § Titius, ff. de præscript. verb. l. cùm mota, C. de transact. l. vlt. C. de rei permut.* eiusmodi est pactio illa de mercis mutuæ datæ accessionibus præstandis: cùm incontinenti post contractum mutuum, aut in ipso apponitur contractu, in quo licèt actio ex contractu, cui apponitur non detur, & alia actione opus est, nempè si cùm causa mutui conuertatur in stipulationem, quod erit quoties pecuniæ creditæ nomine stipulatio interponitur *l. 4. & 5. ff. rem rat. haber.* pactum enim in continenti appositum sufficiens est, vt vsuræ debeantur, adeoque, vt ex stipulatu peterentur, nèc vsurarum odiis repugnaret *d. l. lecta, ff. si cert. petat.* quia cùm stipulatio à pacto nonnisi animo stipulandi, aut paciscendi differat, omninò videtur, vt quoties statim post stipulationem pactum initur, idem stipulandi animus, qui ante fuit, adhùc superesse videatur, & ideò facile fit, vt actio ex stipulatu formetur per pactum, absque aliqua alia prohibitione: cùm vsuræ illæ demum odiosæ sint, quæ tanquàm
20 vsuræ debentur, non quæ prò eo, quod verè interest creditoris, non magis quàm quæ iure, & loco fructuum, *l. curabit, C. de act. empt.* Vndè cùm debeantur tanquàm accessiones, non est in quo considerari possi iuris rigor in abstringendo eiusmodi contractum, quando is totus ab officio, & bona fide dependeat, originemquè trahat.

21 Verùm, vt clariùs suprapositа explicemus, quæ aliquantulum subobscurè tradidimus, erit examinandum, quid sibi velit mutui diffinitio desupèr posita in illis verbis, *quæ pondere, numero, & mensura constant*, in eoque contractu dominium in accipientem transferri, & non eandem rem, sed aliam eiusmodi generis addendam esse: nàm mutui obligatio in pecunia dumtaxàt proficiscitur, vt habetur *in d. l. 2. §. creditũ, ff. si cert. petat.*

&non

et non consistit in alijs rebus etiam, si appendantur, numerentur, & metiātur.

22 Secundo vrget dubia diffinitio: cùm non semper, sed quandoque nobis eædem res non redduntur, & consequentèr, cùm quandoque non eædem res, ergo regularitèr easdem rem reddi posse: cùm dictio, *quandoque* significet, idest *aliquando*, *l. quod autem missionis causa*, ibi, *sed quandoque producatur, ff. de donat. intèr vir. & vxor. l. Tutor.* ibi *quandoque enim pupillo denegatur actio, ff. de iure iur. & in cap. 1.* ibi, *licet ad agnatum, quandoq; pertineat sub tit. si Vasallus feudo priuetur in vsib. feud. & in l. arrogator*, ibi, *quādoque restituat, ff. de adopt.* sed de natura mutui est, vt non eadem res, sed diuersa æquè bona restituatur, *l. 2. & 3. ff. si cert. petat.* ergo non conuenit dictio illa, *quandoque*.

23 Tertio probamus, tùnc mutui contractum celebrari, quando non idem, sed tantundem in genere suo reddendum est, *l. 2. in princ. & §. 1. & seq. ff. de reb. credit.* tali in casu non mutuum, sed depositum contrahi, docent expressa iura *in l. Lucius, & in l. dte sponsaliorum, §. qui pecuniam, & l. Publia Meuia, §. Lucius Titius, ff. depos. l. in Naui Saufeli. ff. locati* in quibus deciditur non esse mutuum, sed depositum, cùm non sit reddenda eadem res, sed tantundem in genere suo, eoq. casu non certi condictionem, quæ pro mutuo competit, sed depositi actionem competere.

24 Quarto, ibi, *quod de meo fit tuum* vrget expressus text. *in l. in contractibus, C. de de non numerata pecunia*, vbi mutuum contrahitur, quatenùs de meo tuū non fiat, & obstat etiam *text. in l. singularia, ff. si cert. petat.* ibi, *obligaris mihi, quamuis nummos meos non acceperis*, vbi *Vlpianus* docet, quod tametsi, quod mutuo datum est dantis non sit, nihilominùs mutuum est, & verum constat in eo casu Dominum accipientem fieri non posse: cùm nemo plùs iuris in alium transferre possit, quàm ipse habeat, *l. nemo plus, ff. de reg. iur.* quæ difficultas magis augetur ex eodem textu *in d. l. singularia ex versiculo quod igitur* vbi I. C. ait, quod si debitorem meum iussero pecuniam, quam mihi debet ex causa mādati retinere, crediti nomine mutuum contrahitur, quo casu cùm pecunia nunquàm mea fuerit, sed mihi debita ex eodem textu, & *l. res ex mandato, ff. de acq. rer. domin.* mutuum contrahi non posse ex regula sui quidditatis.

25 Quinto ad idem probatur, nàm intèr duos fratres sub eadem Patria potestate constitutos mutuum contrahi posse, docet Consultus *in l. frater à fratre*, ibi, *pecuniam mutuatus, ff. de condit. indeb.* atqui in hoc casu pecunia non fratris mutuantis est, sed Patris ex regula, *l. placet, ff. de acq. haredit.* ergo & si pecuniæ dominium in accipientem non transfertur, adhùc mutuum esse dicitur.

26 Sexto vrget ad similia: nàm Pupillus sine Tutoris authoritate pecuniam credens; consumpta pecunia, mutuum contrahit, *l. non minus, §. si Pupillus, ff. si cert. petat.* & tamen in hoc casu Dominum accipientem facere non potest pupillus, quoniam & si dominium habeat, eius administratio ei interdicitur, *§. nùnc admonendi instit. quib. alien. lic.* ad constituendum mutuum non requiritur simplicitèr, & absolutè dominij translatio, quod probatur etiam ex textu *in l. nàm & si in princ. ff. si cert. petat. & l. Pater filiæ, ff. de iure dot. l. si quis pro eo, § nummos, ff. de fideiuss.* in quibus probatur, nummos alienos dari posse in mutuum, & competit condictio.

27 Septimo: nàm ad rem mutuatam petendam condictionis actio à iure statuitur, quæ actio ex omni causa, & ex omni actione, ex qua certum petitur, siuè ex certo cōtractu petatur, siuè re fuerit cōtractus factus, siuè coniunctim datur, & debetur, ergo hæc actio, quæ condictio appellatur pro mutuo specialis non est.

28 Pro omnium explicatione constare debet mutuum re contrahi: vndè si res non interueniat, non potest quis ex mutuo conueniri, *d. l. qui pecuniam, ff. si cert. petat. l. 2. §. circa vers. proindè, ff. de doli except.* nequè in plus obligabitur, quàm verè ei numeratum fuerit *text. in l. si tibi decem in princ. ff. de pact. l. rogasti, §. si tibi ff. de reb. credit. l. non vltra, C. de non numerat. pecun.* ex quibus putarunt interpretes, ideò mutuū esse stricti iuris, quod non probatur, cx quo illud est in dictis

iuri-

videtur mãdatum vtrilibet eorum dedis-
se. Ecce, quod aut est verùm quod di-
cit *Caius*, & quæstio non erit de non
ente,aut veritas erit *Iuliani*,& quæsitum
erit inane absque suppositione, ensque
formato.
5 Pro *Iuliani* sententia infrascripta ap-
plaudent. Primo, quia mandatum ge-
nerale vtcumque sit ex mente concedē-
tis coangustatur, vt *in cap. qui ad agen-*
dum,ibique plenè notata *per gl & Doct.*
de procurat.in 6.& in l.mandato generali,
ibique *per gl. & Doct. ff. eod.* quæ man-
dantis mens elicitur maximè, quando
fieret status mutatio, quod tùnc non
tantùm mandatum non extenditur; sed
quod magis reuocatur *l. cùm quis in*
princ.vbi Bart.ff.de solut. quinimmò etiā
in deteriùs non esset mutatus status,
sed in æquè bonum, vel etiam in me-
liorem fortunam, quando procuratori-
bus conditio ad conueniendum diffici-
lior facta est, per hoc mandatum gene-
rale reuocatum, ademptum,vel nunquā
datum intelligitur, *Vasq. de success. creat.*
§.17.n.95 & n.99.& num.94.& in § 15.
6 *num.53.* Sed sic est, quod per exactio-
nem vnius mandatarij contrà alterum
mandatarium alteratur eius conditio,
aut in difficiliùs eum conueniendo ex
duplici debito, quod contrahit cùm
mandatore illius suæ administrationis,
& alterius exactionis ab altero com-
mandatario, quod non expedit man-
datori, ex quo fieret deterius eius con-
7 ditio:cùm magis expediat habere duos
debitores minùs gratos, quàm vnum
magis gratum *Canac. ad lib. 4. Salus Iu-*
liani tomo 1. ad d.l. qui duos,Petr.Castald,
aduers.pandect. par. 1.folio meo 60. igi-
tur currit *Iuliani* sententia.
8 Secundò probatur: nàm conditio, &
mandatum non possunt mutari, vel ex-
tendi etiam in meliùs, text. not. *in l.fin.*
C.d. negot. gest. maximè,ibi, *licèt res be-*
nè ab eo gesta sint, *adeo est verum*, *quod*
finis mandati excedens, *vt transgressor*
inter dùm capite puniatur, *& mutetur*,
& si rem benè gesserit, *l desertorem*, *§.in*
bello, *ff. de re milit. Neuiz.in sua Sylua*
*nupt.lib 6.*sed sic est, quod vnus ex pro-
curatoribus exigens excedit mentem
mandatoris, vt suprà diximus, ergo
etiam si in meliùs excederet non potest
mandatarius.
9 Tertio, quia si vt re[illegible] posset exi-
gere à [illegible], se quereretur, [illegible] qui-
libet ageret, & [illegible] tamen [illegible] eret
debiti alieni, nèc melior [illegible] eretur
causa Domini non solum, mutuis ab
vtraque parte actionibus, [illegible] u-
tarentur de vna in aliam personam,
& duo adhùc manerent debitores, vt
antea; si ergo mutatio hæc nihil com-
modi affert, immò maximum incom-
modum, & damnum mandatori, ex
eo, quia isti procuratores exigendo
vnus ab altero impenderent nomen
Domini infructuosè, præsumitur Do-
minus potiùs voluisse sic eos manere,
donèc ipse veniat.
10 Quarto facit text. *in l. cùm plures*,
ff. de adm.instr. Tut. vbi Tutor contra
contutorem, durante tutela, non agit
l. aduersùs, *C. de administr. Tut.* ibi,
quamdiù administratio communis durat,
exercere iudicium non potest, ergo idem
de mandatario, durante mandato,
prout de institore, durante negotio,
diximus supra.
11 Cæterùm pro tuenda *Caij* sententia
non sunt minoris firmæ infrascriptæ
instantiæ, & earum Prima, quia in
generali mandato intelligitur facultas
exigendi pecuniam à quouis debito-
re, *l. procurator, cui*, *ff. de procura*. sed
procurator est debitor, qui ex contra-
ria mente mandatoris non excluditur,
vt ipse soluat, sicuti, & cæteri debi-
tores, cuius eius alterum mandatum
non facit ipsum exemptum à solutio-
ne Domino, ergo nèc vt soluat Pro-
curatori cùm valido generali man-
dato ad exigendum, *l. Pomponius*, *§.*
ex his, *ff. eodem*, bi, *non exigimus*,
vt habeat voluntatem, *vel mandatum*,
sed ne contraria voluntas probetur, igi-
tur semper, quod de contraria Domi-
ni voluntate non consta: aduersùs fa-
cultatem, quàm habet mãdatarius
exigendi à quocumque vi generalis
mandati, non impeditur quo minùs
exigere valeat à commandatario.
12 Secunda erit instantia, quia quem-
admodum Tutor tenetur nomina de-
bitorum in tempore exigere, aliàs ex
eius

eius culpa debitum pateretur diminutionem ob debitores effectos non soluendos, ipse teneretur de proprio *Plotus in rcpet. l. si quando, num. 216. C. vnde vi, Burg. Caualc. in tract. de Tutor. num. 218. & in decis. Finiz. 39. num. 134. parte prima, Socc. in cons. 2. num. 8. & seq. alijque passim*; sic etiam Procurator generalis, qui ex sua negligentia non exegerit credita Domini in tempore, ipse Domino tenetur, vt probauimus supra, ergo quemadmodùm fieri potest, vt Procuratoris exactum ab altero comprocuratore non sit vtile Domino, sic etiam fieri potest, vt sit damnum Procuratori non exigenti: sed quando in eodem subiecto concurrunt damnum positiuè, & vtilitas negatiuè, damnum vt euitetur præualet vtilitati non consequutæ: cùm qui certat de damno agit de sui Patrimonij diminutione, *l. 3. ff. de damno infecto*, qui verò de vtilitate cessante, de interesse non sequuto, quæ vtilitas cessans non consideratur, quàmuis aliundè parum ex re reddita oriatur, vt *in l. si sterilis, §. cùm per venditorem, ff. de act. vendit. Tholos. syntagm. iur. ciuil. vniuers. lib. 21. cap. 10. sub num. 3. in fine.*

13 Tertia facit instantia, quia Procurator ratione sui officij, ex iuris dispositione tenetur acquirere, & non repudiare quæ Domino quærenda sunt, alias non acquirendo, & repudiando teneretur ipse de suo, prout de Procuratore probatur, *in l. dolus, ff. mandati, l. illud, §. sed, & si mercem, ff. de Trib. Alciat. & Rebuff. in l. alienationis 28. vers. intellige, ff. de verb. sign. Anneus Robertus Rerum Iudicatarum lib. 3. cap. 12. D. de Franch. decis. 101. num. 32. D. Carleu. de Iudic. disput. 25. lib. 1. tit. 3. n. 4. & 12. Castillo lib. 5. controuers. cap. 112. num. 13.* de Tutore est textus *in l. quicquid, C. arbitr. tut.* & de Prælato facit text. *in Clement. quia contingit, §. vt autem de relig. domib.* Vndè eliduntur rationes adductæ pro *Iuliano*, quod non expedit mandatori, vt alter ex procuratoribus non exigat, quia idem esset si spontè solueret mandatarius commandatario, & tamen soluendo liberatur; adhùc si Domino non fuisset expediens, ergo si liberatur, rectè ab eo exigi potest, & debet.

14 Vndè pro concilianda eiusmodi iurium antynomia, adducunt aliqui pro regula: *Cay* sententiam: non scilicèt Procuratorem ab alio comprocuratore pecuniam debitam exigere prohiberi, & oportere, vt hoc exprimatur, verùm sufficere, donèc voluntas contraria probetur, *d. l. Pomponius, §. his, ff. de procurat.* quia est verissimum in generali mandato contineri facultatem exigendi pecuniam à quocumque debitore, *d. l. Procurator, cui*, sic explicatur *text. in l. itaque illo tit.* quæ admittit exceptionem etiam eo casu, quo mandatum specialitèr manauerit, vt procedat non relatione ad *d. §. fin. legis qui proprio*, sed ad proximam legem *qui duos*, explicans, quod quando specialitèr conceditur procuratori, vt pecuniam petat, eo casu, eo excipiente de æquali mãdato, oporteat de mandato speciali replicare; quo casu termini fient habiles, veluti, si generale ad omnia negotia vtriq; Procuratori mandatum datum est, & alteri eorum conceditur facultas in alio instrumento ad pecunias exactas à socio in administratione colligendas, & mittendas Domino, tùnc si comprocurator exciperet virtute primi mandati, socius replicet ex secundò speciali: quia si taceat, prima exceptio obtinebit, de quo est text. symbolus *in l. siuè apud acta, C. de transact.* ibi, *si exceptio pacti apposita fuerit doli mali, vel in factum explicatione vsu potiùs ad obsequium placitorum aduersariorum tuorum vrgere*, hanc conciliationem conatus fuit adhibere *Gabr. Pereyra decis. Portug. 110. sub num. 4.* subdens *in vers. atque ex his*, Procuratorem in isto casu admitti posse mero iure, vt à socio exigat debita, aliud sentiens in casu si constiterit, Dominum pecuniam dedisse Procuratori sub vsuris, quo casu non est simplex debitum: cùm præcesserit contractus, quem Procurator retractare non potest in damnum Domini, in cuius gratia semper extendenda est potestas, vt melior efficiatur eius conditio, non verò deterior, & sic instabat in contingen-

gentia illius facti, pecuniam fuisse à Domino datam Procuratori ad lucrum: Vndè si ad comprocuratorem reuerteretur citrà, vel contrà Domini voluntatem, infructuosa rediret.

15 Cęterùm hæc Pereyrę conciliatio videtur prorsùs diuinatoria, nèc conuenientiam aliquam continet: nàm quod *Caius* replicat *in d.l. itàque*, *itaque si hoc specialitèr mandatum est, tùnc excipiente eo, cùm quo agitur, si non mihi mandatum sit, vt à debitoribus peterem, vt rem ità debere, replicare placet, si non mihi mandatum sit, vt à debitoribus peterem*, quæ lex non potest adaptari legi superiori proximæ, secundùm sententiam *Iuliani* prolatæ *in l. qui duos*, in qua adest dispositio annullatiua per actum negatiuum, ibi, *non videtur mandatum cuilibet eorum dedisse*, ergo si non dedit, quomodo de eo intelligi potest, sed magis aduersatur eiusdem *Caij legi in d.§.fin.* in quo asserit, sufficere generale mandatũ, speciale, ibi, *Actorem itàque debere replicare, placet si cum mihi mandatum sit, vt à te peterem*, quod notat *gl. in verbo mandatum sit*, hoc est specialitèr, nèc in benè conuenit *Caius* cùm *Iuliano*, omnes concurrentes requiri mandatum speciale, *Iulianus*, inibi, *nisi nominatim praeceperit*, & *Caius*, ibi, *si cùm mihi mandatum sit, vt à te peterem*, sed quomodo intelligendus *d.§.fin.* eiusdem *Caij*, qui aduersatur, & *Iuliani*, & eiusdem *Cai* responso, vsque adhùc remanet suspensum.

16 Et si velis *gl.* intellectum approbare *in d.§.fin.* dantis triplicem intellectum. Primum in distinguendo, an sit Procurator in exigendis debitis tantùm, vt hic, an omnium factorum Domini, vt ibi, *& erit ibi ratio, quia in primo casu cùm mandatum sit, vt ex iudicio exigat hoc à se non potest*: Vndè est, quod hic alij intelligatur mandatum, in secundo nonnisi habeat speciale mandatum, vt *in d.l. itàque*.

Secundùm dat intellectum, quod scilicèt *in d.§.fin.* fuit commissa administratio Italicorum, vni prouincialium negotiorum: Vndè sicut, si esset vnus in totum Procurator contrà alium in omnibus ageret, quasi, vt alter à toto prohibitus, sic & hic, quasi à parte prohibitus, poterit alium pro sua parte administrationis conuenire: nàm quod facit in toto quoad totum denegata administratio, hoc non facit in parte, quoad partem, *l. si duo, & l. intèr Tutores, ff. de administr. tut.* hoc fuit dispositum dicit *gl. in d.§.fin.* in subsequenti verò *l. qui duos*, cuilibet in totum administratio commissa fuit.

Tertium intellectum, quem accomodat *gl.* ad leges illas conciliandas, posuit in distinguendo de quo debito agatur, si de eo, quod erat ante mandatum; benè possit agi à Procuratore contrà comprocuratorem; sin autem de eo, quod post contingisset, non posset: tametsi actiones competant, sed ex causa intrinseca cæpit deberi, si autem ex ipsa administratione non antè est actio, quã finita sit ipsa administratio, vt in tutela dicimus *in d.l. si Tutor, & l. seq. de tut. & rat. distrah.*

17 Hi sunt tres intellectus accomodati à *gl.* ad conciliandas dictas leges, quiq; si germani, vel alieni prorsùs sint, dignoscemus ab incongruo.

Primus enim intellectus dignoscitur valdè longeuus à congruentia facti, quia nunquàm, & in nulla textus parte apparet in dicto *§.fin.* mandatum fuisse datum ad exigendum debitorem dumtaxat; sed ad negotia, ibi, *negotiorum* immò apparebit totum contrarium, de quo *gl.* somniatur.

18 Secundus intellectus applicatus à *gl.* est Prouincialis, & Italicus: sed quis hoc nunciauit *glosa*, mandatorem scilicèt voluisse negotia Italica vni, & Prouincialia alteri committere, etiam si esset Imperator, vel magnus Dominus, qui talia possideret, ipsa videat, si benè, vel insulsè applicauerat: quid commune habet quæstio de mandato Procuratoris, an is possit, vel valeat suum comprocuratorem exigere cùm Italia, & Prouincia? De nocte forsitan hęc scripsit *glosa* dormiendo potiùs, quàm inuigilando: quemadmodùm aliquando dormitat Homerus, vt est in communi adagio.

19 Tertius intellectus est peior prioribus: quid enim commune habet debitũ si incipiat per priùs, vel per posteriùs

& prio-

cùm facultate tributa Procuratori ad exigẽdũ, qui ex sui negotij generalitate & priora, & posteriora semper debita exigere valet, prout & ipse Dominus; vel affirmare debuerat *glosa*, mandatum insufficiens quoad omnia fuisse, aut sufficiens ad vnumquodque, quid sibi postmodum velit cùm hac somniata distinctione, quid commune habet Tutor cũ Procuratore debitore aliundè, quàm ab administratione. Ideò enim Tutor non potest conueniri ab altero Contutore, quia adhùc pendet tutelæ administratio, & de eo negotio agitur, *l. actus, l. 3. de administr. Tut.* quando verò dicimus comprocuratorem non posse conueniri ab altero comprocuratore, vt germanum sit symbolum, debet intelligi de eo, qui ministrat procuratorio nominè, non vero de eo, quod ab ipso debetur præter officij administrationem pendentem, prout sic etiam esset in Tutore, qui tenetur debita pupilli persoluere independentia ab administratione alteri Contutori, etiam non finita tutela, *l. si plures, ff. de administr. tut. l. 2. C. eod. tit. vbi gl.*

20 Nèc *Bart. Bald. Angel. & Paul. Castr. in d. §. fin.* aliquid sibi quærunt, quando dicunt regularitèr posse Procuratorem agere contrà comprocuratorem, vt in *d. §. si duobus*, & limitationibus adesse *in legibus sequentibus*, scilicèt, si illud specialitèr sit expressum, quod non possit agere, & quando dicunt insolidùm, vel solidùm, quia quicquid dicant, adhùc præter, immò contrà iurium dispositionem collocant, cùm, de quibus ipsi dicant, leges penitùs excogitarunt.

Nèc me latet *cons. siuè quæst. Federici de Sen.* 180. vbi ex distinctione *Odifredi* inibi per ipsum citati affirmat, procuratores insolidùm constitutos non posse ad inuicem molestari, ad instàr Tutoris, secùs, si simplicitèr sint creati, quia nec *Federici* assertio currere potest, cùm in vtroque textu sint Procuratores insolidùm relicti *in d. §. fin.* omniũ bonorum, & *in d. l. sequenti*, vniuersarũ rerum, nèc hoc distinxerunt leges præfatæ, & consequentèr, nèc nos distinguere debemus.

21 Tu dices, ni fallor, non esse verisimile *Caium* voluisse illicò, & impertinentèr se corrigere, alitèr disponendo *in d. §. fin.* & oppositum *in d. l. itaque*, quemadmodùm posset nasci intèr diuersa ingenia aliquod dissidium, nempè intèr *Iulianum*, & *Caium*, nõ autem intèr *Caiũ*, & *Caium*: cùm naturalis sit hominum ad dissentiẽdum facilitas, *l. item si vnus, §. principalitèr, ff. de recept. arbitr.* Vndè affirmandum veniet, quod regularitèr sit totum contrarium, de quo in regula posuere supracitati *Doctores*, quando dixerunt, quod regularitèr potest Procurator suum comprocuratorem constringere, restringendo cæteros casus per ipsos exceptos, cùm omninò diffiniendum, & pro regula *tenendum, & habendum*, vt nullatenùs possit Procurator astringere suũ comprocuratorem absq; speciali mandato, & sic *text. in d. l. qui duos* erit in regula: non verò *text. in d. §. fin.* qui debet esse in exceptione, & dicendum, *Procuratores duos omnium rerũ suarum relictos non posse ad inuicem molestari absque speciali mandato*, ratio est, quia vniuersales sunt Procuratores in administratione rerum omnium, qua administratione durante, alter ab altero inquietari nequitur: In specialibus verò negotijs secùs est, quia tùnc expedit Domino ea explicari, & in quantum est possibile restringi, & clarificari, & sic quando alter eorum est debitor, & alter non, potest non debitor, cui maior fides in negotijs gerendis demandata præsumitur, quàm debitori; absq; speciali mandato exigere ab altero debitore: & proindè nota diuersum modum loquendi in vno, quàm in altero textu: cùm *in dicto §. fin.* dicatur, *quorum alter est debitor*, & *in l. qui duos* alitèr statuitur, ibi, *nisi nominatim præceperit, vt alter ab altero pecuniam petat*, ergo non vt exigat ceù debitor, sed tanquàm administrator, nota verbum *petat*, ergo nõ vt exigat necessariò ceù debitor, sed vt petat vt administrator, & sic illud discrimen est, prout intèr voluntarium, & necessarium exactorem, nàm si vis petere à me quod tibi necessario non est cõmissum, non rectè petere poteris: sed si exigere velis quod necessario exigere poteris, quia de necessitate negotij est,

vt

vt debitor exigatur ad augendum negotium, vtiquè rectè exigere poteris, propter illam necessitatem cogentem ad augendum negotium tui principalis, & sic benè conueniunt *Caius*, & *Iulianus* in omnibus iurium dispositionibus: *Iulianus* scilicèt generalitèr loquendo de comprocuratore *rerum* indefinitè: non posse tùnc scilicèt conueniri vnus ab altero, concipiendo casum in speciali modo *Caius*, in eadem specialitate se se constituens dicit, *negotiorum*: Vndè dicendum, quod quando affirmatur per text. in contrarium allegatum *in d. l. procurator, cui, ff. eod.* posse scilicèt procuratorem cùm libera excutere principalis debita absque alio speciali mandato, debet intelligi regularitèr, & in hoc cõuenit contrà omnes debitores, quos verisimilitèr ex illo generali mandato voluerit Dominus, vt excuteret Procurator, non verò extenditur ad casum, in quo Dominus non concurreret absque speciali sua ordinatione, intèr quos exactor non est vnus ab altero, quia tùnc Dominus omnibus æqualitèr fidẽ commiserat, non tantùm in eo, quod omnes, vel vnus ex ipsis ei debetur, sed etiam in cæteris ab eis excutiendis, & exigendis debitis, quibus exactis, vel per vnum, vel per omnes, ex comprocuratoribus generalibus, remanent magis debitores mandatori ex illo pluri, quod ad eorum manus peruenit in exigèndo nomine Domini, cui postmodùm restituendum foret actione mandati. Or, si mandator fidem commisit illis, & cuilibet ipsorum, vt in generali rerum administratione possint vlterius reddi debitores, non est verisimile postmodùm diminuisse fidem ex generali contraria mente, nisi in specie id expressisset tanquã sibi reseruatum quoad alterutrum, & hoc est, quod voluit dicere text. *in d. l. Pomponius, §. in his autem*, ibi, *ergo non exigimus, vt habeat voluntatem, vel mandatum, sed nè contraria voluntas probetur*: cùm qui habent generale mandatum non possunt facere ea, quæ verisimilitèr mandator ei nõ commisisset, prout est molestare eum in eodem casu, in quo mandator fidem commisit, non tantùm, de quo debetur; sed etiam de futuris debendis per exercitium mandati generalis delegati, de qua contraria voluntate non constat *in d. l. qui duos*, prout apparet *in d. §. fin.* in quo adest specialitas in negotijs demãdatis, vt ab exactis quibuscumque debitoribus ea augeantur, quod non est in dicta *l. qui duos*, in qua non censentur comprehensæ personæ, quibus generalis demandata est administratio, prout è contra, quando dicimus, quod quis promittit aliquid facere, & præstare contrà quascumque personas, non præsumitur promisisse contra se ipsum, *l. si mercedem §. vlt. ff. de act. empt.* vbi notat *Bart. nu. 2.* & in specie probatur *in l. inquisitio, C. de solut.* vbi confessio procuratoris, quod solutum fuerit omnibus, non comprehendit personam procuratoris, ratio est, quia nemo præsumitur in dubio velle facere contrà se ipsum; scilicèt contrà ordinatam charitatem, *l. Præses, C. de seruit. & aqua*, & per verba quantumuis generalia, & ampla non videtur comprehensa persona disponentis immò excepta, & fatuus videretur ille, qui contrà se loquitur *Bald. in l. si quando sub n. 2. C. de constit. pecun.* Prout dicimus de duobus Iudicibus paribus, quorum alter non est Iudex alterius: nisi specialitèr habeat alter mandatum à Principe contrà alterum, vel ex contraria voluntate id appareat, ex regula, quod par in parem non habet imperium, *l. nàm, & Magistr. ff. de arbitr. Rol. à Valle cons. 1. n. 37. vol.* & sic errant etiam aliqui putantes, textum *in d. §. fin.* suppleri per *legem* subsequentem, *qui duos*, intèr quos adduximus *Petrum Castald. aduers. pandect. par. 1. lib. 3. eod. tit. in d. l. qui proprio, §. si duobus in fine fol. meo* 124. quia *in d. l. qui duos*, non est eadem dispositio, prout *in d. §. si duobus*, sed benè diuersa symbola dispositioni, *l. si plures, ff. de administr. Tut.* & si meliorem intellectum ad conciliandas dictas inestricabiles leges inquirere velis tu, qui legis, cogita si poteris.

22 Hæc habemus de pluribus procuratoribus, quid dicendum de pluribus mandatoribus, an ij ceù symboli teneãtur vnum procuratorem constituere, casus euenit apud *D. de Franch. decis.*

309.

309. in qua fuit decisum in illius facti contingentia, quod rei conuencti constituerent duos Procuratores ratione connexionis causæ, & ceù socij reputabantur tanquàm vna, eademque persona, quam decisionem extollit, *Felic. de societ. cap. 3. num. 19.* & comprobat *D. de Luca ad Franch. obser. 309. sub num. 2 in fine.*

Quod non esset, si plures essent conuencti in causa diuidua, vtputa si plures hæredes post mortem defuncti conueniantur, nullatenùs iudicio cœpto cùm defuncto; tùnc dubio procul plures possunt constitui Procuratores: secùs si iudicium fuerit cœptum cùm defuncto, & posteà continuatum ab hæredibus, ex quo tùnc benè debet vnus constitui Procurator ab hæredibus, qui tanquam socij repræsentant vnicam personam defuncti in illo iudicio cùm ipso cœpto, vt probat idem *de Luca dicta obseruat.* 309. *num. 3. & 4.* quod vt eadem sit ratio, & contrariorum disciplina, sic paritèr affirmandum est in pluribus actoribus contrà vnum reum conuentum, ipsi itidem si pro vna eademque causa vnum conueniant, debent similitèr vnum Procuratorem constituere, nè reus fatigetur in respondendo diuersis actis per diuersos Procuratores factis, & fa-
23 ciendis, & sic in specie ad exigenda debita instrumentaria contrà Vniuersitatem fuit sancitum per *Reg. Prag. D. Beltrans*, vt scilicèt omnes creditores instrumentarij constituerent vnum dumtaxàt Procuratorem, qui valuisset eorum credita exigere, & pecuniam exactam distribuere intèr concreditores, & hoc nè vniuersitas grauaretur pluribus commissarijs ab vnoquoque (quando essent plures Procuratores) destinandis. Prout etiam si plures es-
24 sent socij possidentes vnam iurisdictionem, quod in exercitio illius iurisdictionis constituant, & eligant vnum dumtaxàt Iudicem, vnum Officialem, vnumquè Scribam, ratio est, quia de omni præcepto politico est, vt per vnum, & non per plures res publica, & Populus regatur *ad text. in l. 2. §. deinde, quia difficili, ff. de orig. iur. & in l. quoniam in plerisque, §. prohibemus in verbo nostrum vbi gl. ff. de offic. ordin.* dummodo non sint separatæ iurisdictiones: nempè vt vnus possideat ciuilem, alter verò criminalem iurisdictionem, tùnc benè possunt duo constitui Officiales, vnus à possidente iurisdictionem ciuilem, qui valeat ciuilem iurisdictionem administrare, & alter à possidente iurisdictionem criminalem, qui similitèr etiam valeat suæ criminali iurisdictioni præesse, adeo quod vnus ab altero, & è contrà non turbetur ad inuicem, vt extat sancitum *in Regno per tot. tit. de iurisdict. inuicem non turband. in Pragm.* & per priùs voluit *Bald. in l. Imperialem, §. prætereà ducatus num. 3. circa medium*, post eum *Mont. contr. 21. num. 18. vers. med.*

25 Ex quibus nota primo, quod sicut Procurator absque speciali mandato non potest compellere suum comprocuratorem ad sibi soluendum quod procuratorio nomine ab eo petijt, sic è contrà nèc potest ipse absque tali speciali mandato de iure soluere, quod contrà eius principalem est petitum, *Paulus in l. si quis cùm Procuratorio, ff. de Procuratoribus*, nèc petere dilationem ad soluendum *Mathis. sing. 30. D. Stayb. resolut. 78. num. 4. & 135. num. 18.* nèc nouationem facere, *Dec. cons. 143. num. 12. Hieronym. Gabr. cons. 155. num. 39. lib. 2.* post eos *D. Reg. Rouit. decis. 13. sub num. 3. in fine.*

26 Nota secundo, quod Procurator, vt deponere valeat pro principale suo debet habere specialissimum mandatum ad respondendum, sic, & sic, *Hon. cons. 66. num. 73. & seq. lib. 1. Menoch. cons. 80. num. 64. Paris cons. 115. num. 18. lib. 1. Ludouic. decis. 75. Vrsill. ad Afflict. decis. 148. in fine, Rota Romana decis. 779. num. 2. in recens. Seraph. decis. 977. num. 5.* & sic fuisse decisum per S. R. C. testatur *D. Reg. Rouit. decis. 34. in fine*, licèt alitèr fuerit in eadem causa decisum per idem S. C. vt sufficeret scilicèt speciale mandatum cum libera, testatur *D. Altim. obseruat. ad dict. decis. 34. in principio*. Quod non practicatur in Senatu Pædamontano testatur *Ca-*

Aaa *cher.*

cher. decis. 113. *num.* 2. *&* 13. vbi debet respondere principalis, licèt Procurator habeat speciale mandatum. Vide *Fontanellam decis.* 17. *num.* 1. *&* 2. *vol.* 1.

27 Nota tertio, quod socius quando communionem habet in re cùm altero socio potest illum compellere ad sibi vendendam partem suam ratione euitandi scandalum, dummodò maiorem habeat partem qui petit rem sibi vendendam per *text. in l. Sancimus*, §. *nec autem*, *C. de donat. l. si quæ sint coactiones*, *ff. fam. ercisc. Arisin. Tepat. tomo* 2. *var. sent. tit. com. diuid. fol.* 284. *vers. in re communi*, *Guid. Papa sing.* 557. quicquid dicat *Steph. Grat. decis. March.* 169. *per tot.* diximus supra *in cap.* 1. vt possit scilicèt vna ex Vniuersitatibus discedere à communione ad euitandum consocium rixosum.

Ex quibus impositum veniet silentium eiusmodi tertio Titulo ad laudem, & gloriam Omnipotentis Dei, Sanctissimæ Mariæ semper Virginis, omniumq; Sanctorum.

Annotatio. Diximus, quod intèr coniuges non contrahitur societas: nisi in illis regionibus, in quibus adest vsus contrahendi talem societatem intèr eos, talis consueta societas est coniugalis symbola tacitæ conuentionali, *Carpan. ad stat. Mediol. cap.* 483. *nu.* 59. *par.* 2. *Ludouic. concl.* 53. *de societ. vers. quia general. Scard. de contr. tit. de societ. num.* 8. non vero communioni, quia societas non est communio, nèc è contrà: licèt communio sine societate, & societas sine communione stare non possit, *Valasc. de partit. c.* 5. *num.* 21. tamèn incidentèr quoad communionem, non ex contractu, vt diximus.



DE

DE MVTVI, COMMODATI, DEPOSITI, ET PIGNORIS SYMBOLICIS CONTRACTIBVS

TITVLVS QVARTVS.

ARGVMENTVM.

Mutuum, & depositum an sint symbola ad intellectum, *Text. in l. 2. §. mutui datio, ff. de rebus creditis, & si cert. petat. & l. Lucius, ff. deposit.*

SVMMARIVM.

1 *Vendendi, & permutandi promptuarium commodum semper non est.*
2 *Mutuũ est facillima hominum subuẽtio.*
3 *Mutuum quasi meum, & tuum.*
4 *Mutuum re contrahitur.*
5 *Mutuum ex quibus rebus contrahi valeat.*
6 *Mutui, & commodati differentia.*
7 *Mutuum in quo differat à stipulatione.*
8 *Obligationes, quæ ex contractu proficiscuntur, quæ.*
9 *Contractus qui re, & qui verbis perficiuntur.*
10 *Mutuum an sit contractus stricti iuris, & num. 11. 12. & 13.*
14 *Mutuum, vt de meo fiat tuum an intersit.*
15 *Causam perdit is, qui non probat, ad quod se astrinxit.*
16 *Exceptio rei alienæ in mutuo an admitti valeat.*
17 *Actio certi condictio est personalissima.*
18 *Actio quæ detur pro recuperanda eadem re mutuata.*
19 *Accessiones frumenti, & ordei mutuatorum quomodo petantur.*
20 *Vsura quæ odiosa dicantur.*
21 *Mutuum consistere in re, pondere, & mensura quomodo intelligitur.*
22 *Diffinitio in mutuo impugnatur, & nu. 23. 24. 25. 26. & 27.*
28 Text. in l. 2. §. mutui datio *reuocatur in dubium, & recensentur Doctores illum diuersimodè explicantes num.* 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. *&* 36. *reponitur sub nouissima difficultate ab* Authore *num.* 37. *refelluntur interpretes num.* 38. 39. *&* 40. Authoris *sententia num.* 41. *& resoluuntur obiecta n.* 42. 43. 44. 45. 46. 47. *sequitur septimum dubium, & resoluitur per* Auth. *contrà aliter tenentes vsquè ad finem cap.*

CAP. I.

1 INter præcipua, quæ ad ciuilem societatem existimantur, mutuum, & commodatũ semper necessaria fuere: cùm non sẽper sit promptuarium commodum vendendi, permutandi, donandi, locandi, societatemque, & mandatum ineundi, prout facillimè contrahi possunt mutuum, & commodatum; nàm vt miserrima hominum vita substineatur; faciliùs est mutuum inuenire, quàm cæteros contractus peragere: cùm in mutuo non sit necesse, vt possideat mutuatarius ad hoc, vt sub-
2 ueniri possit, suisque necessitatibus occurrere, & ideò non alteratur hic mu-

 tui

tui contractus, adeò prout cæteri, quia res, quæ datur in cæteris contractibus, non redditur; in mutuo verò omninò reddenda est, secundùm *Varr. 4. de lingua latina*, hoc est quasi meum, quia
3 mihi reddendum, & tuum, quia eo vteris, vel quia de meo tuum fiat, tùm quia eo vteris, vel cùm de meo tuum fiat, dùm datur, §.1 *quib.mod.re con rah. obligat. l.2. §.appellata,ff.de reb.credit.*ex
4 quibus probatur mutuum re dumtaxàt contrahi, vt *in l.certi condictio, §.quoniā igitur,ff.de reb.credit.*& ex quo sequitur, quod si de meo tuum non fiat, mutuum dici haud potest, nèc ex eo obligatio nascitur,*d.§.appellata*,ex quo certi condictio exoritur *D.Aloysius Mansi commentatione 53.art.4.num.3.*
5 Potest contrahi de rebus,quæ numero,pondere,& mensura cōstant,& proindè nihil aliud est, quàm contractus celebratus datione vera, vel ficta consistentis pondere, numero, & mensura cū spe tantundem recipiendi in genere suo *Bart.in l.2. §.creditum in fine,ff.si cert.petat.* in qua diffinitione verbum contractus, qui re fit,loco generis ponitur, reliqua, quæ secuntur loco differentiæ: quemadmodum differt quod gratum fit, à locatione, quæ mercede, & consensu perficitur, *l.1. ff.locati,* & cùm eadem re indiuidualitèr, impleta locatione,restituatur ei in pondere,numero, & mēsura distinguatur ab alijs modis crediti, & debiti, in quibus fine rei interuentu, & debitum constituitur, *l. 2. §. creditum,& l.2.§.1.ff.de reb.credit. instit. quib.mod.re contrah. obligat.* quam diffinitionem etsi impugnare conati fuere, *Fulg. Raph. & Roman.* tamèn approbat *Alex.in d.l.2.in princ. num. 1.& in d. §. creditum n.9.* & comprobat *Bald. in d.l. 2.in princ.in vlt. loco,Azor. instit. moralium lib.3.tit.de mutuo cap.1.in princ,Petrus Gregor. Tholos. Syntagm. iur. ciuil. Vniu.lib.22.cap.2.sub n.1. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib.4. tit. 1. sub num.7.Syluest. in sua summa in verbo mutuū*, ad differentiā commodati, quia mutuum debet restitui eadem specie nō eodem indiuiduo; nàm indiuiduum, quod datur,& traditur mutuatario omninò consumandum erit, vt tradunt *Azor.& Syluest.locis cit.* & ideò aliquod intercedi debet tempus ad mutuum restituendum, aliàs si in continenti restitueretur, esset potiùs permuratio, & in commodato debet omninò restitui res commodata eodem numero, & indiuiduo, *l. 2. ff. de reb. credit. §.item, cui res quib.mod.re contrah. oblig.l.1. §.is quoque in princ.ff.de act.* nèc rei commodatæ dominium transit in commodatarium; quemadmodùm mutuum accipientis, *l.nemo commod. ff.eod.* illudq; proprium mutui est, vt nuda pactione constitui non possit: sed vel re interueniente, & tradita *text. in l.qui negotia, ff.mandati*, vel interueniente stipulatione de re tradita,*l.si ex pretio, C.si cert.petat.*

7 Et licèt aduersari videatur ratio diuersificans mutuum, à stipulatione,quia mutuum re, vt diximus, stipulatio verò verbis contrahitur, *l.1. §. 1. & l.obligamur,§.1.ff.de act.& obligat.& in l.2. in fine, ff. si cert.petat.* & sic mutuum nihil commune habet cùm verborum obligatione,vt apparet ex sua natura, & dicitur *in l.1. §.pen.ff.de act.& obligat.* & obligatio literarum specie distinguitur à mutuo, & alijs contractibus, *§. vlt.in-*
8 *stit.de obligat.*vbi quatuor dumtaxàt cōnumeratur species obligationum, quæ ex contractu perficiuntur, aut scilicèt re contrahuntur, aut verbis, aut literis,aut consensu, ergo quælibet ex istis obligationibus habet suam speciem distinctā, & separatam ab alijs, & proindè quando stipulatio intercedit non dicitur amplius mutuum, sed verb. obligatio, & consequentèr ex stipulatu agendum *Petr.Castald.aduers. pandect. par.3. lib.2. d.§.creditum.*

Quia respondetur, quod nō per hoc, quod contractus sunt distincti,ergo non
9 possunt esse symboli, & compatibiles, nempè vt in eadem obligatione intercedere non possint res, & verba, hoc est interrogatio,& responsio, vt *in d.l. obligamur,§.re,& verbis, & in l. certi condictio,§.quoniam igitur,* ibi,*siuè verbis fuerit contractus factus, siuè rebus, siuè coniunctim,ff.si cert.pet.*

Dicimus tùnc aberrasse interpretes asserentes mutuum esse contractum stricti iuris, quando intercedit in eo stipulatio,

latio ; vt voluit *Cagn.in rubr.ff.si cert.pe-*
10 *tat.n.7.Bologn.sub n.*42.assignant ratio-
nem præcipuam, quia non connumera-
tur intèr eos, qui sunt bonæ fidei, §. *ac-*
tionum instit. de act. & comprobat *Ripa*
in d.l.2.in princ. n.7. ex quo plerumquè
contrahitur ex causa vsurarum , quibus
non debet fauor assistere, vt aduertit
Alex.in d.rubr.ff.si cert.petat.in fine,& in
*l.singularia n.10.ff.eod.*cùm in contractu
stricti iuris vsuræ in tempore moræ non
debentur:nisi sint deductæ in stipulatio-
nem, *l.cùm quæris,C.de vsur.* quæ vsuræ
hodie sunt prohibitæ à iure Pontificio,
& olim à iure diuino,quibus non potest
ius ciuile,& Cæsareum dérogare, vt di-
xit post alios *Mantica loco cit.sub num.9.*
& 10. subdens , quod si cessaret causa
vsurarum,poterit proculdubio hic con-
tractus collocari intèr eos, qui sunt bo-
næ fidei , allegat argumentum à causa
cessante *per text.in cap. cùm cessante de*
appellat.l.adigere, §. quamuis, ff. de iure
patr.l.quod dictum,ff.de pact. tamèn sub-
sequitur *sub num.12.vers.secundo est ad-*
*uertendum,*quod non per hoc,quod ces-
11 sarent vsuræ ,ergo contractus mutui
non est stricti iuris , quia mutuum absq;
vsuris contrahi debet, igitur ratio illa
non est finalis,sed impulsiua, quæ non
influit in omnem effectum , & quando
ratio legis est impulsiua,ea cessante,non
cessat legis dispositio,*l.1.§.Senù,ff.posth.*
& l.1.in princ.ff.de caduc.Tollend.Alciat.
in l.transigere n.3.C.de transact.Couar.in
cap.cùm esses nu.9. de testam. Ideò corre-
cta ratio legis, non intelligitur correcta
eius dispositio, secundum *Aret. in l.2.in*
princ.n.7.ad fin.ff.de vulg.subst.Alciat.in
l.posthum.num.34.& 35.C.de bonor.pos-
12 *sess.contra tabul.* & quando lex ea ra-
tione lata est , quia facilè , vel sæpè ea
contingit,non sequitur,vt cessante illa
ratione sæpè contingentis, cesset eius
dispositio,quia consideratur, non quod
sæpè,& de facili verisimilitèr contingit,
sed quod potuerit contingere,& ideò li-
cèt illud non contingat legis dispositio
cessat , & sic lex scripta remanet , licèt
eius ratio sit abolita, *Bald. in l.Vniu. in*
princ.sub n.3. ff. de caduc. tollend. ex quo
altera ratio est quare mutuum est stricti
iuris , quia Iudex in eius actione non
extendit officium suum nisi ad id, quod
strictè exigit actionis natura, vt etiam
consentit *D.Galis.alleg. hic inserta,n.39.*
vers.at in casu fol.198.
13 Quia mutuum contractus bonæ fidei
est non minùs , ac si depositum dicere-
mus,aut commodatum:nàm omnis con-
tractus ad res traditas pertinet , & in
mutuo signantèr: licèt eius naturale sit,
vt de meo fiat tuum,nihilominùs is, cui
mutuum dedi,non potest excipere con-
tra me repetentem , quod non fuissem
Dominus,*Bart.& comm.Doct.in l.sed,&*
si fur.ff.eod.tit.de reb.credit.& in hoc mu-
tuum est symbolum locationi , *l. si quis*
conductionis,C.locati,& concordat *l.com-*
modare vbi com. Doct. ff. si cert.petat. &
14 volente Domino, nihil interest in mu-
tuo,an de meo tuum,an mihi de debito
tuum fiat, *d.l.singularia, & l.si fundus, §.*
1.ff. de pign. Proindè quamuis teneatur
mutuans allegare se esse Dominum rei
mutuatæ:non tamen necessè habet pro-
bare dominium:cùm præsumatur Do-
minus *Ias.in §.sequens n. 12.vers.subdit*
etiam post *Fab.instit.de act.* alias seque-
retur inconueniens,quod agens ex mu-
tuo vix obtineret , & ideò cùm habeat
præsumptionem pro se, sufficit istam
qualitatem dominij præsumptiuè pro se
probari, *Ias.in l.si à furioso in princ. uers.*
nàm ex verbis,ff.si cert.petat. Vbi habe-
tur etiam,quod quis perdat causam,qui
15 non probat illud,ad quod se constrin-
xit,quando non haberet fundatam præ-
sumptionem , & præsumptionem iuris,
Salyc.in l.cùm virum, C.de fideic. & vlte-
riùs hoc dominium deducitur inciden-
tèr, quia principalitèr nō est quæstio do-
minij,sed contractus,quare sufficiet cō-
tractus ad præsumptionem . dominij ,
quando illud venit in iudicium incidē-
tèr,*l.Titio, ff.de solut.l.1. C.de priuil.fisc.*
l.ob meritorum , C.re vti pro marito, l. 1.
C.fam.ercisc. Bald. d.§.appellata col.1. ad
finem, vers.præterea, ff.si cert.petat. Ideò
nisi esset mutuus contractus bonæ fidei
non supleret lex præsumptiuè : cùm in
contractibus stricti iuris nunquàm à iu-
re suppletio fieri potest , nèc delatatio
quoad vnguem.
16 Accedat etiam, quod si res mutuata
fuerit consumpta non debet admitti
exceptio,

Digitized by Google

exceptio,quod pecunia esset aliena,quãuis etiam hoc fateretur mutuans, & proindè non poterit se liberare à restitutione is,qui mutuum accepit:licèt etiã in principio tale mutuũ non valuerit tãquàm de re aliena: tamèn per consumptionem reconciliatur, quod à principio non valuit,& pro ea incipit competere vtilis actio ex isto mutuo reconciliato · cùm ista consumptio afferat tantam vtilitatem, quantam si à principio fuisset factus Dominus: vndè probat *Bald.in l.2.§.appellata col.1. vers.opponitur ad idem, ff.si cert. petat.* in hoc de æquitate teneri mutuatarius, quod non esset si mutuum esset contractus stricti iuris,in quo æquitas non prævalet.

Et licèt, secundùm aliquos, stante ista consumptione, videatur potiùs cõpetere condictio sine causa, vel illa, de qua *in l.si me, & Titium,ff.si cert.petat.* prout etiam affirmant in vero mutuo,in quo datur actio certi condictio specialis ad *text.in* §.1. *vbi Doct. instit. quibus mod.re contrah. obligat.* ac *in l.serui condictio.ff.si cert.petat.* quæ actio est perso-
17 nalissima *Gail.de credito cap.4. q.11.sub n.*1497.quòd si mutuator pactus fuisset, vt eadem species mutuata restitueretur: tùnc non ampliùs diceretur mutuum,
18 sed in alium transiret contractum, & consequentèr, si eadem res mutuata extaret, actio dirigenda pro mutuo in personam,non autem in rem, cuius dominium effectum fuit mutuatarij,secundùm *Ludouic. Gomes. in §.superest instit. de act.sub n.* 24. quod tametsi mutuum sit contractus nominatus, tamèn non parit nominatam actionem: cùm ex eo nascatur certi condictio specialis, & generalis, quæ sunt innominatæ, vt dixit etiam *in d.l.certi condictio in princ.ff. si cert.petat.*, quia veriùs est, dari actionem pro mortuo, vt de magis communi testatur *Purpuratus in d.l.2. §.appellata col.3.ad finem vers. non tamen est recedendum num.* 14.*ff.si cert.petat.* sequitur *Grat.discept.forens. cap.261. sub num.*25. *vers. tamen verius est*, quia accessiones
19 frumenti, ordei, vel olei mutuo dati etiam ex nudo pacto præstandas esse, asserimus,non tamen affirmamus vt cõdictione ex mutuo vti possit, cùm nihil aliud ea actione peti valeat,quàm quod re vera creditum est, non actione propria ex pacto, quæ iure ciuili nulla est, sed ad actionem præscriptis verbis attendimus, quæ competit ex conuentionibus omnibus efficacibus quidem ad producendam actionem nomen proprium non habentem, *l. 1. l. naturalis, §.Titius,ff.de præscript. verb. l.cùm mota, C.de transact. l.vlt. C.de rei permut.* eiusmodi est pactio illa de mercis mutuæ datæ accessionibus præstandis: cùm incontinenti post contractum mutuum, aut in ipso apponitur contractu, in quo licèt actio ex contractu, cui apponitur nòn detur,& alia actione opus est,nempè si cùm causa mutui conuertatur in stipulationem, quod erit quoties pecuniæ creditæ nomine stipulatio interponitur *l.4.& 5.ff. rem rat. haber.* pactum enim in continenti appositum sufficiens est,vt vsuræ debeantur, adeoque, vt ex stipulatu peterentur, nèc vsurarum odiũ repugnaret *d.l.lecta, ff.si cert.petat.*quia cùm stipulatio à pacto nonnisi animo stipulandi,aut paciscendi differat, omninò videtur, vt quoties statim post stipulationem pactum initur,idem stipulandi animus, qui ante fuit, adhùc superesse videatur, & ideò facile fit, vt actio ex stipulatu formetur per pactum, absque aliqua alia prohibitione: cùm vsuræ illæ demum odiosæ sint, quæ tanquàm
20 vsuræ debentur,non quæ pro eo,quod verè interest creditoris,non magis quàm quæ iure, & loco fructuum, *l.curabit, C. de act. empt.* Vndè cùm debeantur tanquàm accessiones, non est in quo considerari possi iuris rigor in abstringendo eiusmodi contractum, quando is totus ab officio, & bona fide dependeat, originemquè trahat.

21 Verùm, vt clariùs suprapòsita explicemus, quæ aliquantulum subobscurè tradidimus,erit examinandum,quid sibi velit mutui diffinitio desupèr posita in illis verbis,*quæ pondere, numero, & mensura constant*, in eoque contractu dominium in accipientem transferri, & non eandem rem, sed aliam eiusmodi generis addendam esse: nàm mutui obligatio in pecunia dumtaxàt proficiscitur,vt habetur *in d.l.2.§.creditũ,ff.si cert.petat.*

&non

et non consistit in alijs rebus etiam, si appendantur, numerentur, & metiatur.

22 Secundo vrget dubia diffinitio: cùm non semper, sed quandoque nobis eædem res non redduntur, & consequentèr, cùm quandoque non eædem res, ergo regularitèr eandem rem reddi posse: cùm dictio, *quandoque* significet, idest *aliquando*, *l. quod autem missionis causa*, ibi, *sed quandoque producatur, ff. de donat. intèr vir. & vxor. l. Tutor.* ibi *quandoque enim pupillo denegatur actio, ff. de iure iur. & in cap. 1.* ibi, *licèt ad agnatum, quandoq; pertineat sub tit. si Vasallus feudo priuetur in vsib. feud. & in l. arrogator*, ibi, *quandoque restituat, ff. de adopt.* Ita de natura mutui est, vt non eadem res, sed diuersa æquè bona restituatur, *l. 2. & 3. ff. si cert. petat.* ergo non conuenit dictio illa, *quandoque*.

23 Tertio probamus, tùnc mutui contractum celebrari, quando non idem, sed tantundem in genere suo reddendum est, *l. 2. in princ. & §. 1. & seq. ff. de reb. credit.* tali in casu non mutuum, sed depositum contrahi, docent expressa iura *in l. Lucius, & in l. die sponsaliorum, §. qui pecuniam, & l. Publia Meuia, §. Lucius Titius, ff. de posit. l. in Naui Saufeli, ff. locati* in quibus deciditur non esse mutuum, sed depositum, cùm non sit reddenda eadem res, sed tantundem in genere suo, eoq. casu non certi conditionem, quæ pro mutuo competit, sed depositi actionem competere.

24 Quarto, ibi, *quod de meo fit tuum* vrget expressus text. *in l. in contractibus, C. de de non numerata pecunia*, vbi mutuum contrahitur, quatenùs de meo tuũ non fiat, & obstat etiam *text. in l. singularia, ff. si cert. petat.* ibi, *obligaris mihi, quamuis nummos meos non acceperis*, vbi *Vlpianus* docet, quod tametsi, quod mutuo datum est dantis non sit, nihilominùs mutuum est, & verum constat in eo casu Dominum accipientem fieri non posse: cùm nemo plus iuris in alium transferre possit, quàm ipse habeat, *l. nemo plus, ff. de reg. iur.* quæ difficultas magis augetur ex eodem textu *in d. l. singularia ex versiculo quod igitur* vbi I. C. ait, quod si debitorem meum iussero pecuniam, quam mihi debet ex causa mandati retinere, crediti nomine mutuum contrahitur, quo casu cùm pecunia nunquàm mea fuerit, sed mihi debita ex eodem textu, & *l. res ex mandato, ff. de acq. rer. domin.* mutuum contrahi non posse ex regula sui quidditatis.

25 Quinto ad idem probatur, nàm intèr duos fratres sub eadem Patria potestate constitutos mutuum contrahi posse, docet Consultus *in l. frater à fratre*, ibi, *pecuniam mutuatus, ff. de condit. indeb.* atqui in hoc casu pecunia non fratris mutuantis est, sed Patris ex regula, *l. placet, ff. de acq. hæredit.* ergo & si pecuniæ dominium in accipientem non transfertur, adhùc mutuum esse dicitur.

26 Sexto vrget ad similia: nàm Pupillus sine Tutoris authoritate pecuniam credens; consumpta pecunia, mutuum contrahit, *l. non minùs, §. si Pupillus, ff. si cert. petat.* & tamen in hoc casu Dominum accipientem facere non potest pupillus, quoniam & si dominium habeat, eius administratio ei interdicitur, *§. nunc admonendi instit. quib. alien. lic.* ad constituendum mutuum non requiritur simplicitèr, & absolutè dominij translatio, quod probatur etiam ex textu *in l. nàm & si in princ. ff. si cert. petat. & l. Pater filiæ, ff. de iure dot. l. si quis pro eo, § nummos, ff. de fideiuss.* in quibus probatur, nummos alienos dari posse in mutuum, & competit conditio.

27 Septimo: nàm ad rem mutuatam petendam conditionis actio à iure statuitur, quæ actio ex omni causa, & ex omni actione, ex qua certum petitur, siuè ex certo cõtractu petatur, siuè re fuerit cõtractus factus, siuè coniunctim datur, & debetur, ergo hæc actio, quæ conditio appellatur pro mutuo specialis non est.

28 Pro omnium explicatione constare debet mutuum re contrahi: vndè si res non interueniat, non potest quis ex mutuo conueniri, *d. l. qui pecuniam, ff. si cert. petat. l. 2. § circa vers. proindè, ff. de doli except.* neque in plus obligabitur, quàm verè ei numeratum fuerit *text. in l. si tibi decem in princ. ff. de pact. l. rogasti, §. si tibi ff. de reb. credit. l. non vltra, C. de non numerat. pecun.* ex quibus putarunt interpretes, ideò mutuũ esse stricti iuris, quod non probatur, ex quo illud est in dictis

iuti-

Digitized by Google

iuribus, denegari actionem ad id, quod pluris est petendum, nō quidem, ex quo pactum illud do tibi decem, vt vndecim mihi tradas, æquè nudum sit, sed quia licèt nudum non sit, actionem tamen ex contractu formare non potest: igitur sequitur cōtractus mutui est stricti iuris, negatur, quia id fit, v: secūdum naturam contractus, qui re fit, obligatio oriatur, secundum quod, re vera, datū, & traditū sit, *d.l.non vltra, C.de non numer. pecun.* & sic intelligendus *D. Ant. Galis. in suo respōso hic inserto c.6.tit.2.f.198. n.39.vers.at in casu præsenti*, ibi, *altera causa pecunia mutua data videtur stricti iuris, quia nō enumeratur in §.act. instit. act.* quod non potest repugnare contractus naturæ nominati symboli enumeratis *in dicto §. actionum*, in quo non tantùm is, qui enumerati agnoscantur specificè comprehenduntur, sed etiam, & qui symboli sunt, ad quod dignoscendum magis vrget materia nostri tractatus vsque adhùc incognita.

29 Nèc mutui æquè præstatio in rebus tantummodo, quæ pondere, numero, & mensura constant adaptari, & symbolizari debet: Vndè certissima Doctorum sententia est in illis rebus mutuum consistere, quæ natura, aptitudine, & consuetudine ponderari, numerari, mensurariuè solent, attamen cur in his, & non in alijs rebus mutuum consistere potest grauis semper fuit reputata difficultas, & eo difficilior, quanto obscuriùs per *Paulum in in d.l.2. §.mutui datio fuit explicata*, ibi, *quoniam eorum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis, quàm per speciē*: nàm si in cæteris rebus ideò in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio, inuito creditore, solui non potest, quam rationem vt explicent Doctores, enixè laborant.

30 Nàm *Accurtius* ibidem per *solutionem*, inquit, idest, vt aliud omninò sua vice fungatur, si fuerit solutum magis, quàm per speciem, scilicèt eundem, & dictio *magis* electiuè ponitur, quasi dicat, per eandem speciem nō debet fieri solutio, quam explicationem sequuti sunt *Bart.Cum.Castr. Alex.Iaf.& Socein. Sen.* qui assignant differentiam intèr solutionem, & restitutionem: quòd scilicèt solui dicatur illud, quod nunquam in specie illa fuit datum: restitui verò quādo idem corpus in indiuiduo, quod fuit datum, redditur, in istis rebus ideò mutuum consistit ratione symboli, vt idem corpus reddi non sit opus; cùm per solutionem alterius symbolæ rei quantùm ad speciem perfectè satisfit.

31 *Decius* verò *in interpretatione d. §. mutui datio*, voluit verba illa intelligere in famosiori symbolo, quod symbolizatur in rebus eiusdem speciei, quàm in alijs, in quibus & si dici possit symbolum, non tamen eiusdem famæ, prout in illis rebus, in quibus mutuum ex iuris censura consistere debeat, & ideò subdit, sed quia maior est similitudo in istis rebus, in quibus mutuum cōsistit, quàm in speciebus, in quibus licèt altera alteri assimilari possit, non est talis similitudo, in qua mutuum consistat, & sic quod per speciē, quæ pro alia simili reddatur, vel maior functio videtur in rebus, in quibus consistit mutuum, quia per solutionem totum ius creditoris conseruatur, sed non sic in speciebus, quæ reddūtur deteriores: cùm eædem reddantur.

32 *Vdalricus Zasius in d.§.mutui datio*, sic explicat *Pauli Oraculum*, quod scilicèt in mutuo magis attendi in eo, quod ritè, & rectè soluatur res accepta, quàm similitudo speciei, quasi dicat, quantumcumque fungibiles sint symbolæ, & inuicem conuertentur, tamèn si non fiat ritè, & formalitèr solutio, tùnc non consistit mutuum, fit ritè solutio numeri ad numerum, ponderis ad pondus; mensuræ ad mensuram: Vndè si mensurem tibi decem corbes frumenti, tu ponderares mihi aceruum frumenti, non esset ritè facta solutio, & tamen species natura symbolæ sunt datæ, & hæc est magis per solutionem, quàm per speciem, subdit *Zasius*.

Aleiat.autem in d.§.mutui datio, & lib. 2.Paradox.cap.2. inquit, per solutionem magis, quàm per speciem, hoc est, quia in eis non censetur obligata species, seu ea res, quæ data est, sed recipiunt functionem suam per solutionem, quia si tantundem solueris, liberaberis, species eadem restituenda non est: tametsi, & quan-

quandoque restituatur, vt quando res consumpta non est, quia debitor ea non indiguit, & eandem restituere vult, potest enim etiam inuito creditore, quo sensu recepto, datio magis stat comparatiuè iuxtà naturam suam.

33 *Franciscus Ripa* ibidem ostendere conatur, vt sit sensus dictæ legis, quod licèt aliud pro alio solui non possit in mutuo, verum alitèr disponitur, quia hæ res recipiunt functionem in genere suo, & proindè nun dicitur aliud solui, & ideò magis per solutionem eiusdem, quàm per speciem diuersam, id est solutionem diuersæ speciei functionem recipiunt, quod in cæteris rebus contingere non potest, ideo in cæteris non possumus in creditum ire.

34 *Nicolaus Bellonus lib. 1. suppot. iur. cap.* 4. testatur *in d. §. mutui*, dationem in eis rebus consistere, quæ pondere, numero, & mensura adæquantur, quia ista functionem suam in genere suo recipiunt, sed cōtrà: nàm vinum nouum est eiusdē generis, quod vetus, & tamen non recipit functionem cùm veteri ad quod replicat *I. C.* verum esse, quod ex eo solo, quod species adest corpus eiusdem generis reddatur ista non recipiunt functionem, sed cùm debeat fieri solutio non modo eiusdem generis, sed etiam eiusdem qualitatis idest bonitatis, *l. cùm quid, ff. si cert. petat.* eo modo recipiunt functionem: erit igitur sensus (subdit *Bellonus*) quod hæc recipiunt functionem, & ex eo corpore eiusdem generis, & sic ex specie, & ex solutione, tamèn magis per solutionem, quia debet esse eiusdem bonitatis, quàm per speciem idest corpus datum in eo genere, quia posset esse deterius, & in summa voluit dicere Consultus, quod solutio qualificata sit illa, quæ perficiat functionem. *Bellonus* concludit.

35 *Franciscus Duarenus lib. 1. Anniuers. disput. c. p.* 4. sic affatur, *functio prætèr vulgarem, & notam omnibus significationem pro pensitatione, siuè solutione alicuius rei debita vsurpatur, quod vetus loquendi ex eo, ni fallor, ductum est, quod qui tributa, aut vectigali pendunt Reipublicæ fungi munere, vel tributione dicuntur à veteribus, eamque pensitationem Cicero functionem muneris appellat, sensus igitur horum verborum est, mutuum rectè contrahi de his rebus, quæ functionem, idest præstationem, & redditionem in genere suo magis, quàm in specie excipiunt, idest, quæ eius sunt naturæ, vt præstando rem aliam eiusdem generis creditori satisfiat, & quæ inutilitèr vtenda concederentur, si speciem ipsam, quæ data est reddere cogeretur debitor*, quam *Duareni* solutionem impugnat *Albertus Aurelianus lib. 3. sent. cap. 1.* quem sequitur vlteriùs *discept. scolastic. cap. 14.*

36 *Furcatulus* itidem legit dicta *Pauli* verba *in comment. d. §. mutui datio*, ibi, *quoniam erat datione possumus in creditum ire (quæ in genere suo functionem recipiunt per solutionem) magis quàm per speciem, sicque verba illa, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem per parenthesin excludit*, & exhindè testatur *Furcatulus* omnem difficultatem esse in verbis illis, magis per solutionem, quàm per speciem, *in quibus vndiq; angustiæ, & fons ille, qui reddit viā cliuosā, & asperam, & portus, ad quem nulla interpretum Nauis appulere creditur, sed vt Annibal Alpes alioquin inuias diuidendo peruias fecit, & densos Hellespontì impetus ponte medio euasit, & iura fugiendarum causa rixarum communes segregant eas parientes, ità vbi nos interstitio diuiserimus verba hæc*. magis per solutionē, quàm per speciem. *Vndè illa seges discordiæ perspicuam fore I. C. sententiam nō enim hoc magis quàm per speciem proferri ed proximè dictum*, per solutionem, *sed ad illa verba*, quoniam eorum datione possumus in creditum ire, *vt contrarium ordinemus, quoniam earum datione possumus in creditum ire magis, quàm per speciem, ratio præcedit, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem. Itaq; cùm Iurisconsultus dixisset mutuum consistere in rebus, pondere, numero, & mensura accomodatis, adiungit, magis non posse in creditum ire, quàm per speciem, quoniam non communicat effectus, vt prædictæ res, quæ recipiunt functionem in genere suo, idest, quæ redduntur in loco datarum omninò sunt, & pro datis habentur.*

37 *Facchineus* insuper post relatas suprapositas Doctorū interpretationes in suo

comment.cōtr.iur.lib.2. cap.49. in fine, ſuam voluit in medio ſententiā ponere, ſic aiens, ſed vt &, *quod ipſe ſententiam breuitèr exponam in primis animaduertit text.in d.§.mutui datio diuerſimodè legi, aliqui enim Codices habent, quin in genere ſuo functionem recipiunt per ſolutionem, quàm per ſpeciem, alij per ſolutionem magis, quam ſpecie, ſic habetur in Florentinis, Holondaniſque pandectis, alij per ſolutionem magis, quàm per ſpeciem Codicē nullum legi, qui ea verba in parentheſin concludat, ſicue Furcatulus, quo fit vt eius lectionis fides penè relinquenda ſit, illud conſtat, omnes ferè lectiones eundem ſensū habere (Furcatuli lectionem excipio) huiuſmodi res functionem in genere ſuo recipere per ſolutionem magis, quàm per ſpeciem, illa datio (magis) ſubauditur, neq; eſt inuſitatus loquendi modus, vt declarat Ant.Aug.lib.3.Æmendat.cap.8.*

38 Tota difficultas eſt in eo poſita quomodo verum ſit, res, quæ pondere, numero, & menſura conſtant functionem in genere ſuo recipere per ſolutionem magis, quàm per ſpeciem, & quidem quid ſit functionem recipere, videtur intèr omnes, paucis certè exceptis conuenire, nimirùm nihil aliud eſſe: niſi vnam rem fungi vice, & natura alterius in eo genere, ita vt pręſtando aliam rem eiuſdem generis creditori ſatisfiat, & in sūma res, quę redditur, licèt alia ſit, habeatur tamèn eius loco, quæ data eſt, vtputa mutuo accipit quis centum aureos creditori ſatisfaciet ſi totidem reddat, licèt non eos ipſos, quos mutuo habuit, ergo illa verba per ſolutionem magis, quàm ſpecie, hunc habent ſenſum, functionem eas res recipere, dùm ſoluuntur, quia ſolutio facta aliarum rerum genere eiuſdem debitorem liberat magis, quàm per ſpeciem, quia ſpecies puta aurei, quę creditori reſtituitur, non fungitur vice aureorum mutuatorum ſuaptè natura, quaſi ſpecies vna alteram eiuſdem generis repræſentat, & vicem eius habeat, differt enim, nèc eadem eſt cùm alia ſpecie, ſed dùm ſoluitur creditori fungitur alterius vice: Nàm aurei, qui redduntur non ſunt ijdem, cùm mutuatis, ſed eorum vicem ſubſtinent per ſolutionem, hæc *Facch.*

38 *Facchinei* ſolutioni conuenit *Piccardi* interpretatio *inſtit. quib. mod. re contrah.obligat.qui ſub n.18. in princ.Tituli,* ſic ait, *ad exactamque intelligentiam prænotandum in primis Philoſophos appellare genus id, quod prædicatur de pluribus differentibus ſpecie: nàm animal prædicatur de homine, & bruto, & hae ſpecie differūt, ſpeciem autem illam eſſe dixerunt, quæ prædicatur de pluribus differentibus numero, & noſtri I.C. ſpeciem Philoſophicam dicunt eſſe genus, nàm homo, & triticum in iure referuntur ad genus, indiuidua verò Philoſophorum, prout Antonius, & Petrus ſunt ſecundum Conſultos ſpecies,* (ſed non ſic, vt ait *Piccardus*) putat I.C. cùm indiuidua non ſunt ſecundùm nomina accipienda pro ſpecie in iure, quia ſecundùm I. C. etiam Antonius, & Petrus ſunt indiuidua, ſed ſpecificantur quo ad officia; nempè Petrus Muſius ſpecificatur ab Antonio dialectico, ſic in tritico: nàm vnum ſpecificatur ab altero non ſecundum nomen, ſed benè ſecundum qualitatem, ſcilicèt Romanicū à ſiligine, quæ non genere; ſed benè differunt ſpecie, & ſic homo tanquàm genus in lege prædicatur de pluribus differentibus ſpecie, hoc eſt de Leuita, de Muſico, de Dialectico, & deinceps, hæc ſpecies debet ſimilitèr in bono iure habere, de quo prædicetur: nempè de pluribus differētibus numero, & ſic de Petro, de Franciſco, & ſimilibus, aliàs daretur ſpecies abſque quo prædicetur de aliquo numero, quod eſſe non poteſt, & ſic non benè dixit *Piccardus.*

40 *Secundo prænoto,* ſubdit *Piccardus*) *quod quamuis crediti verbum latiſſimam habeat ſignificationem, omneſque contractus, quos alienam fidem ſequuti inſtituimus, comprehendat, vt patet apud Vlpian.* in l.1.ff.ſi cert.petat. *propriè tamèn ad mutuū refertur,* l.creditores, verſ.ſed ſi cùm ſit mutua pecunia; l. creditorem, ff. de verb. oblig. *quę iura ad hoc expendit Franciſcus* Cōmun.lib.7.c.1.n.3. *Iacob.Cuiac.* in paratidis ad tit.ff.ſi cert.petat. *bonorum Authorum teſtimonio comprobans, quibus addo* tit.C.ſi aduerſ.credit. *qui loquitur de credito propriè ſumpto: ſcilicèt ex cauſa mutui, vt aduertit ibi* gloſ. *rubricæ, &* in l.1. verbo contraxiſſe, & in l.1.n. 29. *& in*

l.Ciui-

Digitized by Google

l.Ciuitas n.15.ff.si cert.petat. est recepta interpretatio secundum Gregorium in l.3. verbo la Yglesia tit.5.& necessaria in specie legum illius Tituli, vbi qui contrahit cùm minore debet probare, ipsum factum locupletem ex contractu aliàs minor restituitur, qui necessè non habet probare lęsionem, quamuis regularitèr huius rei probatio ei incumbat, l.nàm, & posteà, §. si minor, ff.de iureiur.l.minoribus, C.de integr. restit. quod ea ratione contingit, quia illę leges locuntur in creditore proprio sumpto ex causa mutui, contrà quem stat presumptio, quod minorem lęserit, mutuum ei dando, quo adolescentum mores facilè corrumpuntur l. 1. ad Maced. quam differentiam intèr pecuniam ex causa mutui, & eam, quę ex alia causa minori datur notasse videtur I.C. in l. qued si minor §. restitutio, verf. sed partium ff. de minorib. neque in illis necessè est, pecuniam sub vsuris creditam fuisse, vt contrà communem resoluit Antonius Pinellus in l. 2. Cod. de rescind. vendit.par.3.cap.1. n.32. & 33. creditum ergo propriè ad mutuum, quàm ad alios contractus refertur; licèt etiam, & in alijs contractibus quis credere dicatur, l.1. ff. si cert. petat. & alienam fidem sequi, plenius tamen cùm in mutuo sequitur; quoniam dominium transfert in accipientem, quare crediti appellatio longè magis ei conuenit, qui totam rem alienę fidei committimus, non tamèn in alijs contractibus interdum solam possessionem (quam naturalem vocant) credamus, l. si qui pignoris, §. pignori, ff.de acq.poss.ff.l.interdum, l.1. §.1. ff. commod. aliquando neque hanc quidem, sed custodiam tantum, l.1. ff.depos. l.cùm Pater, §.Pater pluribus, ff. deleg.2. quo fit, vt cùm in mutuo transferatur dominium, vt nomen indicat d. l. 2. §. appellata, ff. si cert. petat. text. hic ad finem in his dumtaxàt rebus consistere possit, quę in pondere, numero, mensurauè consistunt, quoniam earum datione possumus in creditum ire, hoc est (vt ego interpretor) alienam fidem plenius sequi, transferendo dominium, tùnc enim propriè dicitur in creditum ire, non aliàs, l.in naui, verf.& superiori, ff.locati, l. Procuratoris, §. planè, ff. de trib. act. l. si ventri, §.in bonis ff.de priuil credit. quia tamèn hac ratio non placet rem explicat aliam esse annuit Iulius Paulus, quia in genere suo functionem recipiunt, quę similitèr magnum negotium facessit interpretibus omnibus, qui omnes latè in sententia illius text. explicanda locuntur, iuxtà quā, & si conueniant, non tamèn in eius verbis expendentis, sed ego omissis, quę ab eis traduntur, sic statuo, Iulij Pauli hanc esse mentem, mutuum consistere in rebus, quę pondere, numero, mensurauè consistunt, quoniam eius naturę sunt, vt possit quis propriè in creditum ire, tantùm dominium transferendo, & sibi satisfieri per solutionem aliarum eiusdem generis, quę tandem praestant propter omnimodam similitudinem, quod in alijs rebus non contingit, in quibus si aliquis iret in creditum, in dominium transferendo, eueniret, vt cum alia res pro ea, quam dedit, sibi soluenda esset damnū pateretur, cùm nulla sit tàm ęqualis ęstimationis, vt in ipsius solutione satisfactum creditori videri possit. Ato deindè non inferiorem difficultatem referri in expositione illorum verborum, functionem recipiāt, *& illorum*, per solutionē magis, quàm per speciem, *ad quam praemittenda est lectio Florentina, quę talis est, quę in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quàm specie, quam lectionem retinent probati omnes Codices post pandectas Florentinas à Taurelo in lucem editas, excusis, quamquam probat Antonius Augustinus d.lib.4. cap. 8. & Hieronymus Holoander, qui existimant, subaudiendam esse dictionem,* magis, quā *ineptè addiderunt qui ignorabant hoc loquendi genere à Grecis mutuo frequentèr vti iurisconsultos, vt in l.hominem, ff. depositi*, ibi, *cùm posse non suscipere talem causam, quàm decipere, l.pro herede, §.fin.* ibi, *hac enim actio, quę nàm, & vindictam, quam rei persecutionem continet, ff.de acqu.haredit. l.pure, §.fin.ff. de doli except & Imperator in l.placuit, C.de Iudic.l principalitèr, C.de liber. causa l. vlt. C. de vsufr. iuxtà quam obseruationem dictio*, quàm, *comparatiuè accipitur, est tamen facienda interpretatio, non vt Antonius Augustinus conuertit, nō intèr solutionem, & speciem, sed inter genus, & speciem, vt sit sensus, res; de quibus hic, & in §. mutui datio functionem recipiunt per solutionem in genere suo magis, quam in specie: Vndè deducitur solutionem factā in alia re eiusdem generis maiorem*

vtilitatem afferre, quàm si eadem res, quæ data est redderetur, quod tamē falsum est: licèt edocemur defendere Bolognet in d. §. n.9. quapropter retenta lectione Pandectarum Florentinarum, existimo dictionem, quàm, *non facere comparationem, neq; ità necessariam esse supplere dictionem, magis, sed potiùs facere relationem, itàut referat verbum, functionem sic ordinata litera earum dationum possimus in creditum ire, quàm per solutionem in genere suo recipiunt functionem, quàm specie per alypsin, autem deest antecedens*, eadem, *quòd sæpè elegantèr subiicetur, vt in illo Virgily 4. Æneidos.*

Nec venit in mentem quorū concederis agris.

41 *Sensus autem est solutio alterius rei eiusdem generis vice illius, quæ data est supplet, & tantùm præstat, quantum si eadē res in specie redderetur, quod in alys rebus non contingit, in quibus iniquum esset cōpellere credi orem aliam rem accipere: cùm non posset pro ea, quæ data est vice mutua ità fungi, vt idem omninò præstaret, ex quibus constat functionem recipere illo in textu nihil aliud est, quàm vnam rem alterius vice fungi eiusque locum subire, ità vt tantundem præstet, vt exponent Cumanus, Connanus, &c.* hæc *Piccardus*, qui cùm *Fachineo* commentant dispositionem *d.§. mutui datio.*

42 Ego verò, si superest locus intèr tot amplissimos iuris Coriphæos aliquid dicendi, affirmarem dubio procùl alitèr *Iuly Pauli* dispositionem *in d. §. mutui datio* intelligendam: nempè cùm duplex sit crediti species, propria scilicèt, & abusiua. Propria est, quando creditor à debitore pecuniam inuito extorquere potest; Impropria verò, quando creditori competit actio realis, vt notatur *in l. debitor, ff. de verb. sign. & in l. fideic. §. si rem, ff. de legat.* 3. Hoc creditum tāquam genus differt à mutuo, nō quia propriū, & improprium, sed tanquā genus à specie, vt probatur *in l. creditum verò, ff de reb. credit.* ibi, *nàm creditum consistit extrà eas res, quæ pondere, numero, mensuraue continentur, sicuti si eandem rem recepturi sumus, creditum est*: Item mutuum non potest esse, nisi proficiscatur pecunia. Creditum etiam fit, interdum etiā, si nihil proficiscatur, veluti si post nuptias dos promittatur, & sic *text.* ponit creditum loco generis, quod prædicatur de pluribus differentibus specie, de credito scilicèt proprio prout est mutuum, & de credito abusiuè prout est illud, in quo nihil proficiscitur, vèl quod fieri potest extrà res illas, quæ numero, pondere, mensurauè consistunt: cùm ergo creditum mutui sit propriè, & personalissimum, quando datur mutuum in tale creditum proprium imus: non verò in abusiuè, & improprium: Vndè, accedente mutui solutione (quia de eo non fit restitutio, sed solutio) non potest fieri solutio mutui per speciem, sed per solutionem eiusdem generis, in quo functionem recipiunt res mutuatæ, & sic genus illud, in quo functionem recipiūt res mutuatæ, includit in se copulatiuè, & solutionem faciendam, & de qua specie sit facienda ad excludendam restitutionem, & sic dicit *text.* ad implēdam mutui solutionem, non tamen requiritur solutio: sed etiam species, quæ soluenda erit in genere rerum mutuatarū, & hoc importat illud verbum, *per solutionem magis, quàm per speciem*, vt solutio referatur ad speciem soluendam illius generis, in quo functionem recipiunt res mutuatæ: & sic distinguit *Paulus* modum dationis mutui, à modo eiusdem solutionis; In primo *text.* periodo, ibi, *mutui datio consistit in his rebus, quæ pondere, numero, mensurauè consistunt, quoniam per earum dationem possumus in creditum ire*, ecce quomodo sit mutuum constituendum, dandumuè, subsequitur modus satisfaciendi per positionem implicitam constituendi, ibi, *quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis, quàm per speciem*, quo fit, vt *Iulianus in d. §.* doceat & modum mutui dationis, & eiusdem solutionis, dationis, vt ea constet in rebus numero, pondere, & mensura consistentibus; solutionis, vt in eodem rerum genere fiat solutio, non magis, quàm per speciem non in alieno genere, nèc per aliam speciem, & sic voluit *Paulus*, duo requiri in redditione mutui, solutio, & vt non magis fiat, quā illius generis, in quo res mutuata tradita fuit, cùm non sufficiat fieri solutio in genere rei mutuatæ: nisi intercedat etiā spe-

Digitized by Google

species: verbi gratia, mutuaui tibi vinum grecum, grecum fungitur in genere suo vini, vt vinum sit, quia valet dicere, est grecum, ergo est vinum, non è contra, est vinum, ergo est grecũ, ad hoc enim, vt grecum in specie æqualetur in genere suo in ordinem ad solutionem vini crediti, non sufficit vt dicatur, vnum fungitur in genere suo, sed species vini greci, vt fungatur in gere suo, quia genus per genus fungi non potest, sed benè species in genere, prout est Princeps, qui non potest fungere potestate sui ipsius, quia Princeps est, primum locum obtinens immediatè, & sic fungi non potest; sed exercet potestatem suam, in Ministro Principis aliter est; nam ipse dicitur fungi, non exercere officiũ, quia officium, quo fungitur Principis est, nõ sui, sic species functionem recipit à genere suo, in quo fungitur res in mutuo data, & proindè non valet dicere, mutuasti mihi vinum, ego soluo tibi vinũ, ergo vinum fungitur specie vini, quia præter genus vini, inspicienda est etiam species vini, & argumentum mutuasti mihi vinum grecum, ergo soluo tibi vinum falernum satisfeci, probatur consequentia, quia vinum falernum fungitur vice sui generis vini, quia falernũ vinum est, ergo satisfit *Pauli* dispositioni, nequaquam, ex quo non tantum solutio vini requiritur in satisfactione mutui, sed non magis quàm solutio, etiã species vini, sed sic est, quod vinum creditum non fuit falernum, sed grecum, non magis per falernum, quàm per grecum debet fieri solutio, quia grecũ fungi debet vice sui generis, & non falernum: Vndè *text. in d. §. mutui datio* benè cõcludit, quod sicuti mutui datio cõsistit in rebus põdere, numero, mensuraùe consistentibus, in quibus possumus in creditum ire, sic solutio debet etiam nõ magis quàm in ijsdem speciebus consistere, vt possimus in liberationem ire, vt contrariorum eadem sit virtus, & disciplina: cùm sufficiat, intercedat pro genere species, non comparatiuè, sed augumentatiuè, vt species sui generis magis, quàm solutio sit inspicienda, quia solutio iam enarrata, & decreta fuit per *text.* species verò augetur in resolutione contractus mutui, per quàm nullatenùs intelligitur facta resolutio mutui: nisi per ipsum fiat solutio, & hoc est *magis inspicienda est*, prout solutio, & sic requiritur solutio non magis quàm species, & est germanus intellectus illius *text.* qui nullam alterationem recipit, an legatur secundum Pandectas Florentinas, vel Germanas, vel Scoticas: cùm non sufficiat vt species fungatur vice rei creditæ, vt inaduertentèr interpretati sunt supracitati Doctores, quin species possit fungi vice rei, etiam si non sit eiusdem generis: sed omninò, vt species soluenda sit eiusdem generis, & non aliter in mutuo sit solutio, quàm, idest, nisi per seciem; quod *Pomponius* explicat in subsequenti *lege cui, quidem eod. t. t. si certum petatur*, ibi, *cui quidem mutuum dederimus, & si non excuimus, vt aquè bonum nobis reddatur, non licèt debitorem deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit reddere, veluti vinum noum pro veteri: nàm in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intelligitur, vt eiusdem generis, & eadem bonitate soluatur quod datum est.*

43 Vndè attenta hac resolutione, facillè diluuntur obiecta in contrarium excogitata, & primum desumptum *ex d. l. 2. §. creditum, ff. eod.* vbi habetur, quod mutuo debet pecunia proficisci, quia, omissis interpretationibus *glosæ in verbo pecunia lit. F.* & cæterorum signantèr *Piccardi in loco cit. n. 45.* dico, quod *text.* loquitur per verbum *proficisci*, non per verbum *intercedere*, quasi dicat: nisi intercedat pecunia, sed benè nisi proficiscatur pecunia, & sic tanquàm neruis à corde profectis in caput omne dicitur in hoc negotio, & sic res, quæ mutuo dari possunt ad corpus pecuniæ ducuntur, tanquàm ad centrum: Vndè verbũ illud *proficisci* stat loco discessus ab alijs rebus, in quibus mutuum consistere nõ possit, & demonstratur per pecuniam: sicuti circumferentia per centrum, iuxta illud *Ciceronis de finibus lit. B. Proficisci à falsis iudicijs*, ergo non à veris.

44 Secundum non obstat argumentum: quod scilicèt non semper, sed quandoq; nobis eadem res, sed aliæ eiusdem naturæ, & qualitatis reddantur, quia non per

per hoc dici poteſt, quod regula abolitur per exceptionem, ſed magis per eã confirmatur, quando non ſumus in exceptis à regula, vt probat *gl. in l. in ijs in verbo negotium per illum text. ff. de legib*, prout hic, in quo non excipitur exceptio a regula mutui, ſed modificatur, ſub eadem regula; quando ſcilicèt, contracto mutuo, ex vtriuſque conſenſu alter pro altero ſoluitur, vt *in l. pretij cauſa, C. de reſcind. vendit.* in qua licèt poſt perfectam venditionem alter pro altero ſoluatur: tamen emptio, & venditio eſt, vt *in l. 1. Vnde quærit Offilius, & l. Lucius, ff. de exerc. act.*

Idcircò ſi emerē rem cum principali intentione, vt ea proprio deſeruiat vſui, ſi poſteà non indigeo, poſſum illam vēdere, & non incido in pœnam in ſtatuto contentam, vt non poſſit emi, & vendi res ipſa, vt probat *Bart. in l. cetera, §. ſed ſi parum, ff. de leg. 1.* item tradit *Afflict. in Conſtit. Regni incipit Magiſtros fundacorum n. 4.* quod ſtante ſtatuto, quod nullus poſſit emere frumentum in platea: niſi pro vſu, quod ſi ſcolaris emat à principio pro vſu, & poſteà vendat, mutato propoſito, non incidit in pœnam, quia ſemper attendi debet, quòd principale propoſitum non fuit fraudandi ſtatutũ, vel gabellam, ſic etiam quando ducuntur res ex proprijs prædijs, aut conductis pro vſu proprio, ſi mutetur voluntas, & vendantur, quod non incidit in commiſſum, quia voluntas vendendi ſuperueniens non nocet, poſt multos notat *D. Reg. Latro conſult. 10. ſub nu. 24.* quod declara ſi de primo propoſito conſtet, aliàs enim talis fuiſſe creditur, qualis fuit euentus, *l. Iulianus, §. proindè verſ. quod ſi ab initio, ff. ad Senat. Conſult. Maced.* & ſi de propoſito non conſtat ſtabitur iuramento *Marſ. ſing. 86. & in rubr. de probat. n. 149.* & quando intercedit error in non profitendo bona, vel in non ſoluendo gabellam, pœna eſt duplicati dirictus, vt probat *D. Capyc. Latro loco cit. ſub num. 25. & 26.*

45 Ità etiam ſi fuerit mihi conceſſa facultas alienandi bona ſubiecta maioratui ad certum ſpecialem caſum, ſufficerèt, ſi emptor in eam cauſam ſoluat pretium, vel depoſitet iuxtà facultatis tenorem ſibi conceſſæ, vt in locum illius rei, quæ vendita eſt, ſubrogetur, & ſi poſtea pecunia in eam non conuertatur rem, neque enim conſtringi poſſet emptor onere probandi in eam rem fuiſſe conuerſam, in quam facultas conceſſa fuit, & poſt *Ludouicum Molinum de Hiſpan. primog. lib. 4. cap. 4. nu. 20.* dixit *Piccardus loco cit. ſub n. 59. col. 1625.*

46 Nec obſtat *text.* diſpoſitio *in d. l. 2. in princ. ff. ſi cert. petat.* vbi habetur, diſpoſitum mutuum diſſolui non poſſe per eãdem ſpeciem mutuatam, ſed per aliam eiuſdem generis, ibi, *mutuum damus recepturi ad eandem ſpeciem, ſed idem genus*, & *in l. 1. §. re contrahitur*, ibi, *poſteà alias recepturas eiuſdem generis, ff. de act. & oblig.* cùm ſecundùm *Azonem* interpretantem verbum *recepturi*, eſſe ſcilicèt participium futuri temporis, & ideò ſignificat conditionem, *Bart. in l. 1. nu. 34. ff. de condit. & demonſtrat. Ruin. conſ. 131. nu. 10. verſ. ſecundum legatum lib. 1.* & cõditio debet impleri in forma ſpecifica, *l. Menius, & l. qui hered. in princ. ff. de condit. & demonſtrat. l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verb. obligat. l. prætor ff. de collat.* cùm id etiam voluit *Bald. in auth. matri, & Auiæ n. 3. C. quando Mulier tut. offic. fung. po. Veralla in l. neminem n. 8. & in l. cùm Pater, §. a filia n. 35. ff. de leg. 2.* & confirmatur, quia *text.* loquitur negatiuè, negatiua nempè magis negat, quàm affirmatiua affirmat, *gl. in cap. cùm dilectus de conſuet. & in l. hoc genus, ff. de condit. & demonſtr.* Item, quia in acquiſitionibus pendentibus à futuro euentu, ſi res deuenit ad caſum, à quo incipere non poteſt, vitiatur actus, nec talis eſſe dicitur qualis eſſe debet. Rursùs ſi hoc eſſet expreſſum à contrahentibus, vt eadem ſpecies reddi non poſſit tale pactum vtique deberet obſeruari, *l. 1. §. inueniat, ff. de pot. l. 1. ff. de pact.* Ergo idem dicendum eſt, ſi ex natura mutui hoc tacitè actum intelligatur *l. cùm quid, ff. ſi cert. petat.* quibus, & alijs argumentis pro ſententia *Azonis contrà Accurſium* contrarium tenentem nititur *Mantua in d. l. 2. in princ. num. 34.* contrariæ partis argumentis ſatisfacientem.

Quia quicquid dicant ipſi, dicimus nos, quòd non eadem ſpecie, ſed alia

eiuſ-

eiusdem generis reddatur, intelligitur secundum propositum contrahentium, quod in mutuo cõtrahendo requiritur: attamen mutuo iam contracto, etiam eadem species non deteriorata restituatur, dici haud potest mutuum non fuisse contractum: Vndè sicuti ex supra positis mutuum distrahi potest per speciem eiusdem generis, per functionem, sic eo magis quando eadem species nõ fuerit consumpta, vel deteriorata reddi proculdubio potest, quia veritas prævalet fictioni, & originale imagini: cùm si possim dare id, quod in genere fungitur, eo magis id, quòd verum est absque functione, *l. filio quem Pater ff. de lib. & posth.* & sic sumus in mutuo distrahendo, non contrahendo, in qua distractione aliud ius est, quàm in contractatione, & per has rationes resoluit *Mantica d. lib. 8. tit. 4.* argumenta in contrarium adducta.

47 Tertium argumentum inductum ex *l. Lucius, ff. de posit*, non erit sic facilis resolutionis, ex quo diximus, cùm tantundem reddendum est non mutuum, sed potiùs depositum, imò subdo nùnc commodatum celebrari, augetur argumentum ex subsequentibus dubijs.

48 Primum est dubium: nàm si à principio conuenerit, vt eadem species redderetur, ex communi Doctorum sentẽtia non diceretur mutuum contrahi, sed depositum magis, vel commodatum *d. l. 2. in princ. & l. 1. ff. de act. & obligat.* nèc pactum contrà illius substantiam valet, *l. cùm precario, ff. de precario*, & si valeret in alium symbolizaretur contractum, vt habetur *in d. l. 2. in princ. & in l. 1. & l. vbi ità dantur, ff. de donat. caus. mort.* nàm substantialia contractus, quæ non possunt aliter se habere per contrahentium voluntatem immutari non possunt, *Bart. in l. cùm precario, & in d. l. vbi ità donantur, Curt. Iun. cons. 56. num. 2.* & hæc communis opinio in contrahendo nullam recipit dubitationem, *Ripa in d. l. 2. in princ. n. 17.* & proindè cũ pretium certum sit de substantia emptionis, & venditionis, *l. 2. & l. pacta contrah. empt. & §. pretium autem instit. eod. tit.* si pretium sit collatum in arbitrium emptoris emptio, & venditio non valet, *l. quod sæpè, §. 1. ff. de contrah. empt.* & quia pretium debet esse in pecunia numerata, *§. item instit. de empt. & vendit.* Vndè si promittatur pecunia, quæ est in arca, vel in capsa non est emptio, & venditio, sed permutatio, quia vt quantitas non consideratur, sed vt species *Aret. in l. si certos in fine, ff. de verb. obligat. Ias. in l. talis scriptura n. 8. d. leg. 1.*

49 Huic dubio conatur respondere *Mãtica dicto tit. 4. sub n. 19. vers. non obstant*, dicens, quod imò hoc pactum est substantiale, vel saltim de natura immutabili, quæ pro substantia accipitur, vt dixit *in lib. 1. tit. 13. n. 9. vers. & hæc quidem naturalia*, vndè voluit *Menoch. cons. 73. sub n. 35. vol. 1.* quod natura contractus causatur, & efficitur à consuetudine, *l. quod si nolit, §. quia assidua, ff. de edilit. edict.* & proindè substinet consuetudinem esse naturam, *l. si quis posthumos, ff. de lib. & posthum.* inde probat ipse *Menoch.* ex tali consuetudine, quæ contractus natura est si Notarius apponat quamcumque clausulam in instrumento puta obligationis bonorum, constituti, iuramenti, clausulæ codicillaris, ad habendum, tenendum, & possidẽdum, & quicquid placuerit faciendum, quod censetur rogatus de omnibus prædictis clausulis apponi solitis, si apposuerit etiam si non dictum fuerit ad consilium sapiẽtis, eiusque dictamen, & satis mirabile respondet ad contrarium tenentes, & signantèr *Alex. cons. 28. n. 5. lib. 2. Capyc. decis. 159. n. 33. & Gram. decis. 103 num. 176.* quòd benè substinere poterit opinio, quam communem probat *Menoch.* in clausulis appositis per Notarium, nõ vero in clausulis omissis, quia eæ cum sint de partium intentione omissæ habentur pro omissis, vt sæpè hic, & alibi probauimus.

52 Secundum est dubium, nàm conuentio transferendi dominium in accipientem cùm facultate reddendi tantundem in genere suo, non est depositum, quia tale pactum est contra eius substantiam *l. licèt, §. rei depositæ, ff. depositi*, & proindè tale pactum potiùs mutuo conuenit *d. §. mutui datio*, ergo sicuti ad ignoscendum mutuum, inspici debet eius substãtia in contrahendo, quia licèt contrahẽtes

tes ab initio possent quem velint contractum celebrare, tamen non possunt, nèc prorsùs valent formam contractui à legibus constitutam immutare, *l. naturalis, §. 1. cum seq. ff. de prescript. verb. & l. quidam decedens in fine, ff. de administr. tutor. & l. nemo potest, ff. de legat.* 1. & proindè contractus donèc est in fieri ex voluntate contrahentium formam potest suscipere, *Bald. in l. iuris gent. §. quinimmo n. 2. in fine, ff. de pact.* verùm vna forma electa, illius formam à lege traditam debent obseruare *l. 1. §. si quis ità, ff. de verb. obligat.* ergo sic etiam in deposito, in quo species mutui fuit electa.

53 Tertium dubium desumitur ad probandum, quod in *d. l. Lucius* fuerit mutuum potiùs, quàm depositum ordinatū *ex l. certi conditio, §. fin. ff. si cert. petat.* vbi si deponens pecuniam permittat depositarium ea vti, transfunditur depositum in mutuum, igitur idem esse debet *in d. l. Lucius*, cùm alijs adductis in dicto tertio argumento: cùm diuersa facti species in ea non proponatur, quàm in superiori *§. fin.*

Quartum excitatur dubium contrà proxima supra relata desumptum *à l. quod si ab initio, ff. si cert. petat. l. 1. §. eleganter, vers. si pecunia, ff. depositi*, vbi pecunia deposita, ea conditione, vt accipiens si voluerit ea vtatur, impleta conditione, transfunditur in mutuum, vt probant *in d. l. Alex. num. 1. Fulg. num. 2. Alciat. num. 3.*

54 Quintum, & vltimum dubium, quod vrget, desumitur *à l. cùm manu sata, ff. de contrah. empt. in §. fin.* vbi pactum appositum in venditione, nè dominium in emptorem transferatur, perimit venditionem, eamque transfundit in locationē, vel aliud genus contractus pactioni cōueniens, ac cum tàm venditioni conueniat translatio dominij, vt tradit *Arius Pinellus in rubr. C. de rescind. vendit. parte 2. n. 11. & 16.* quàm deposito ipsius retentio, vt *d. §. rei deposita*, ergo conuentio, de qua *in d. l. Lucius*, & similibus transfert depositum in mutuum, hoc idē argumentum repetit *Rodriquez de priuil. depositi sub num. 41.*

55 Ideò suprapositum argumentum talibus dubijs contrauertitum oportet, vt suam germanam habeat solutionem, pro qua prima occurrunt relata *à Mantica d. lib. 8. tit. 4. sub n. 23. vers. neq; etiam obstat*, vbi dicit, ideò in talibus legibus sic dispositum fuit in deposito, quia vtilitas causæ sic exposcebat, quod de mutuo sic scriptum non reperitur, vt possit conueniri, vt eadem species reddatur, & mutuum contractum intelligatur.

Hæc *Manticæ* solutio est mera diuinatio (pace tanti Eminentissimi Viri dixerim) ex quo non per hoc, quod aliquid in iure specificè non cauetur, ergo non debet per identitatem rationis sic statui, quia licèt in his, quæ legibus, & iure cauta sunt, ratio anxiè quærenda non est, quia voluntas condentis pro ratione habetur *gl. in l. relegatis, ff. de pœnis*: tamèn ratio eiusdem legis alijs deseruit non per modum extensionis, sed benè interpretationis intellectiuæ, siuè comprehensionis, *ad text. in l. his solis, C. de rescind. donat. Auth. vt 11. qui oblig. se prohib. hab. res min. in princ. gl. in clem. 1. de elect. Ias. in l. quamuis n. 6. & seq. de fideicom.* vbi inquit hoc habere locum etiam in correctorijs.

56 Et licèt intuitu *Mantica* dici possit, illud procedere vbi casus intellectiuè cōprehensus non esset per aliam legem prouisus, & vbi est per aliam legem prouisus, prout est in dictis iuribus; tùnc comprehensio cessar, aliàs *d. l. Lucius corrigeret d. l. 2. §. mutui datio*, vel è contrà, quæ prorsùs abest nisi expressè dicatur *l. precipimus, C. de appellat. §. cùm igitur, vers. nèc quelibet est lex Auth. de non elig. secund. nupt.* nèc dicuntur reformatæ leges etiam ex identitate rationis per *tex. in l. 1. C. de inoff. donat.* cùm oporteat, quod sigillatim corrigantur, & dicatur expressè lex per aliam corrigi, quando est ei directo contraria, vt post *Isern. in Constit. Regni appellationum tēpora* plaudit *Doctus Consil. Hodierna in repet. l. hac edict. q. 1. sub n. 61.* tamèn quia dispositiones eiusmodi legum non sunt contrariæ, sed benè symbolæ, cùm per easdem species statuant, perindè non ad inuicē corriguntur: sed magis coadiuuantur, maximè, quia fuit in pandectis nihil priùs, nihil posteriùs, sed omnia vno eodemque tempore videntur esse scripta,

quia

quia eodem momento authoritatem sumpserunt, quod disponitur in vno symbolo statuitur in altero, prout in cõtractu dicimus, in quo nihil dicitur prius altero, quia eodem tempore, quo in instrumento scripta sunt vim accipiunt, *vt in l. contractus, C. de fide instrum. l. vbi ità scriptum, vbi Bart. ff. de leg.* 1. ergo alia ratio quærenda, cur eius pactione non obstante *in d. l. Lucius*, & similibus, adhùc depositum durare, quod non est in mutuo.

Alia, & magis probabilis fuit interpretatio *d. l. Lucius* cùm similibus, esse bene depositum: sed irregulare, eoque referri versiculum, *egreditur ea res notissimos depositi terminos*, non etenim significat, non esse depositum, sed proptèr cõuentionem transferendi dominium in accipientem esse depositum scilicèt, sed irregulare *Aret. in d. l. 2. in princ. n. 8. Ias. n. 6. Ripa n. 10 Curt. Iun. nu. 4. Aleiat. nu. 3. Purpurat. nu. 4. D. Regens de Ponte in cons. 56. lib. 1. & cons. 70. num. 51. lib. 2. Castillo Sotomaior contr. iur. lib. 3. cap. 16. sub num. 25. & seq. & n. 37. 38. & 42. Fontanella de pact. nupt. claus. 5. gl. 8. parte 7. num. 9. vol. 2. Statil. Pacificus de Saluiano interdicto inspect. 3. cap. 2. nu. 105. Rodr. de annal. reddit. lib. 3. q. 11. sub n. 37. Peguera decis. 38. Giurba decis. 98. nu. 3. Intrigl. decis. 1. n. 14. 15. & 16. Scaccia de commerc. & cãb. §. 1. q. 7. par. 3. ampl. 3. num. 5. & seq. Card. Tusc. concl. 199. n. 7. & seq. lit. D. vol. 2.* vbi quod irregulare depositum pecuniarũ, & sic generis mutui non obtinet, & earum dominium transit in ipsum depositarium, & censetur depositario data licentia vtendi *ad text. in d. l. dies sponsaliorum in d. l. Lucius, & d. l. in Naui Sanfeli, & Bald. in l. fin. C. depositi*, & *in l. in contractibus, §. sed quoniam, C. de non num. pecun. & in cons. 317. lib. 3.* cùm alijs longa remissione citatis suo more, per *Antoninũ de Amato var. resolut. lib. 1. resolut. 20. sub n. 2.* quibus adde *D. Reg. Rom. decis. 23. sub n. 23.* qui loquitur de Banco *D. de Franch. decis. 304.* qui omnes fatentur tale depositum habere priuilegium veri depositi, quibus adde quamplurimos alios, de quibus apud *Donad. de renunc. cap. 29. num. 80.* sed effectus sunt contrarij, quorum

57 Primus est, quia ex eo, quod depositum est: licèt irregulare, poterit per concedentem quandocumque reuocari, ex *regul. text. in cap vlt. vers. fin. extra de depos.* quod secùs esset, si in mutuum conuertaretur, quia non posset reuocari antequam beneficio sibi facto fuerit vsus accipiens *arg. l. in commodato 17. §. sicut ad finem ff. commod.* quod etiam procedere in mutuo docet *Bart. in l. si pretium in fine, ff. de verb. sign. D. Reg. de Ponte cons. 56. lib. 1. Macerat. var. resolut. lib. 1. resolut. 13. num. 10.*

Secundus est effectus: nàm qui confessus fuit pecuniam accepisse in specie *d. l. Lucius*: cùm alijs, non poterit opponere de exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ habet locum in solo mutuo, *l. si ex cautione, l. in contractibus, §. sed quoniam, C. de non numer. pecun.* non in alijs contractibus, *l. generaliter eod. tit. & in specie d. l. Lucius*, sic adnotauit *Bald. in d. §. sed quoniam quæst. 2. Paul. col. 2. Salyc. col. 4. Felinus in cap. si cautio n. 54. vers. & in tantùm de fide instrum. Costa in l. si ex cautione fallent. 2. n. 4. C. de non numerata pecun.* & hanc esse communem opinionem testatur *Arias de Mesa var. resolut. lib. 2. cap. 35. num. 22.*

Tertius effectus est, quia debitor in illis iuribus, non potest compensationẽ adijcere creditori petenti ex dicto capite vltimo de deposito, quamuis, si mutuum esset, compensatio locum haberet, vt *in §. bonæ fidei de act. instit. l. vlt. C. de compensat.* quod procedit etiam in foro interno probat *D. de Mesa d. cap. 35.* vbi in capitulo præcedenti inuehit contra *P. Dianam* tanquàm in materijs moralibus receptissimis sentẽtias spernentẽ.

Quartus effectus est ex irregularitate depositi, ex eo enim, quod dominium transfert in accipientem, generis dominus efficitur, vt nullo casu fortuito liberetur *l. incendium, C. si cert. petat. gl. in l. si quis vxori 53. §. apud Labeonem verbo act. ff. de furt. Paul. de Castro in l. quid nu. 13. Alex. n. 17. Socc. n. 11. ff. si cert. petat. per l. in ratione l. 2. §. incerta, ff. ad l. falcidiam Gomez cons. 3. n. 3. var. resolut. tomo 2. c. 7. de commod. & depos. cap. 3. in princ. Fontanella de pact. nupt. claus. 5. gl. 8. par. 7. n. 13. Card. Tusc. concl. 205. num. 8. & concl. 198.*

*num.6 lit.D.vol.2.Card.Mantica de tacit. lib.*10. *tit.*3. *n.* 23. cùm alijs, de quibus apud *Donad.loco cit.num.*81.*&* 82.

58 Vndè conducitur in praxi, quando Nummularius siuè Bancherius depositarius soluit ex falsa apodixa, quod si falsitas sic clara, & patens sine aliqua recognitione nummularius tenetur soluere Domino pecunias, quia dicitur esse in maxima negligentia, si verò falsitas subscriptionum esset latens, & adeò latens, quod nèc etiam per ipsum Dominum fortè possit cognosci, & tùnc in nostro Regno adhibetur cautela tradita per *D.de Franch.d.decis.*304.& est, quod in similibus fiat recognitio per ostentionem apodixarum, quæ ostentio in hoc Regno prout de iure fit integrè, idest ostensis omnibus, & totis apodixis Domino, cuius manus, & subscriptio fuerit adulterata, & falsificata, & probat etiam *D.de Franch. decis.* 502. quæ quidem nostra Regnicola praxis in Regno Siciliæ non est recepta, quia ibi alitèr practicatur, ex quo ibi recognitio apodixarum non ex integro in dicto casu, sed per fenestrellam, vt aiunt ostendendo nominis dumtaxàt characterem subscriptionis in tali casu, facta recognitione per fenestrellam modo prædicto à Domino pecuniarum decipitur suam esse subscriptionem, suo decipitur periculo: nàm si ipse decipitur sua subscriptione, quàm suam esse putat, æquitas suadet, quod multo magis debet excusari Nummularius quoque deceptus ex admodùm latenti falsitate, & si verò recognoscens dicat falsam esse subscriptionem: tùnc Nummularius debet suo periculo reddere pecuniam ità eùm falsis apodixis expensam, vide *Thor.compend.decis.Regni par.*3.*in verbo Bancum Nummulariorum*, qui notat an teneatur Bancum, an Bancherius, & quid in falsa girata, vbi multas S. C. decisiones cumulat, & quid si soluatur famulo creditoris alias misso ad recipiendam pecuniam à Banco per Dominum, & ea vice aufugerit teneatur ne Bancum, negatiuè concludit *Antoninus de Amato d. resolut.*20 *sub n.*14.*qui sub n.*15.alitèr statuit in debitore, qui non sit Bancherius, & sic debitor non speciei, sed quantitatis, seù generis, & pecuniarum, quia tùnc non liberatur debitor, quantumcumque iustissimam causam habuerit, & famulus quomodolibet esset solitus per cotas inibi per ipsum.

59 Cæterùm eiusmodi supra posita cōmunis opinio, licèt in praxi admittatur, & satis digna; adhùc tamen ex iam dictis non patet verus sensus *d.l.Lucius* cū alijs vt etiam fatetur *Piccard.d.lib.*3. *instit.tit.*15.*quib.mod.re contrah. oblig. in princ.tit.sub n.*75. *vers.verum hæc*: vndè subdit ipse *sub num.* 76. *vers. præceptores nostri*, quod ipsi in ea fuerunt sententia, vt *in dicta l. Lucius* cùm alijs maneat contractus depositi, quia conuentio reddendi tantundem, solum explicat id, quod inerat ex natura rei positæ, quæ erat pecunia numerata, vt cōstat ex versiculo, *connumerante seruo sticho*, in quo inest, vt tantundem reddatur, vt probat *d.l. in Nauc*, *vers. nàm si quis pecuniam*: Vndè quamuis fuerit adiecta conditio reddendi tantundem solum exprimit id, quod tacitè inerat, & consequentèr non mutat contractus conditionem, *l.* 2.*ff. de leg.* 1. & in eo casu loquitur *text. in d. l. sponsaliorum*, §.1.*ibi*, non obsignatam, & dicta *lex Pub'ia Meuia* §. 1. ibi, *suprascripta denariorum argenti decem millia*, *ex quibus apparet pecuniam numeratam fuisse traditam*, vt *in d.l.certi condictio*, §.*fin.cùm l.seq. & in l.* 1.§.*elegantèr*,*ff.deposit.* cōuentio, vt vtatur fuit interposita super pecunia non numerata, & proindè depositarius exprimit pluśquam inerat ex natura rei, idemque ex voluntate pacti non mutat contractum, eumque symbolizatur in mutuum ex quo subsequebatur illatio, quod si *in d. l. Lucius* cùm alijs adiecta fuisset conditio, vt accipiens vteretur pecunia, conuerteretur proculdubio cōtractus depositi in mutuum, quia exprimit plusquam inest ex natura rei depositatæ, secundum quam depositum poterat reuocari statim: secùs, & adiecta conditione.

Hanc interpretationem (*subdit Piccardus ibidem sub n.* 78.) verbis magis, quàm rebus impositam fuisse contra *l.*1. *&* 2.*C.com.de legat.quid enim interest pactum sit, vt tantundem reddere liceat, vel vt pecunia vtatur accipiens, cùm vtroque casu depositum durat, vt patet in l.si faccu-*

lum,

lum, §.*ex promiſſu*, *ff.d poſiti*, *nec tantundem propterea reddi poſſit*, *quin pecunia vſus fuerit accipiens.*

Et proindè *Piccardus* ad comprehendendam hanc eandem interpretationem profitetur elegantem ſuam in mediam collocare mutuatam ſibi à ſuo Præceptore *Gabriele Henriquez*, eãdem ſcilicèt adhibendo diſtinctionem, nempè, aut tempore, quo deponitur res, quæ pondere, numero, aut menſura conſtat, expreſsè actum eſt, vt tantundem reddere liceat, vel ſi fruatur accipiens, & non deſinit eſſe depoſitum, quia contrahentes hoc agunt expreſsè, à quo incontinenti recedere non videntur ex conditione adiecta, quæ licèt contractus modum excedat, non tamen eſt contra ipſius ſubſtantiam ſecundum ſtatuit *tex. in d.l.Lucius*, ibi, *nàm ſi vt tantundem ſolueretur conuenit*, *egreditur*, *ea res notiſſimos depoſiti terminos*, & *in d.l. dies ſponſaliorum*, ibi, *vt tantundem redderet* & *in d.l.Publia*, §.1.*&* *in d.l.in Naui.*

61 Aut in contractu depoſiti ſolemnitèr peracto ſine vlla conditione ex interuallo actum eſt intèr partes, vt accipiẽs tantundem redderet, vel depoſita pecunia vteretur, & incipit eſſe mutuum, & ità procedit *text.in d.l. certi condictio*, §. *fin.* cui mirè conuenit hęc interpretatio, ibi, *poſteà*, & ibi *mutuum rogauit*, rationẽ adducit in hoc diſcrimine, quia in primo caſu contrahentes videntur velle ſe incontinẽti corrigere, ſed modum adijcere depoſito, in ſecundo contractũ depoſiti perfectum noua conuenctione transfundunt in mutuum, quaſi pecunia reddita deponenti, & rursùs accipienti data, arg.§.*interdum inſtit.de rer.diuiſ.*& magis *l.ſingularia ad finem*, *ff.ſi cert.pet.* Vndè conſtat in *d.l.certi condictio*, §.*fin.* cõdicere, quaſi mutua tibi *hæc poſſe*, *aiũt*, *non functionem*, *ſed proprietatem exprimere arg.l.prima*, *ff.de tranſact.* veluti ipſi Hiſpani alloqui ſolent frequentèr verbũ *como* vſurpatur, *como Caballero*, prout etiã confirmauit mutuatis dicendi verbis, *Rodriquez de concurſu*, *& priuil.credit. tit. de priuil.depoſ.ſub num.*42.*fol.*158.

Nos enim nullatenùs diſtinctioni *Piccardi* ſtandum aſſerimus, quia eiuſdẽ diſtinctio eſt contrà prima principia deſupèr mox relata, & ſic non currit prima, quia cùm natura depoſiti ſit, vt reſtitutio fiat per eãdem rem numero depoſitam *d.l.*2.*in princ. ff.ſi cert.pet.l.*1. §.*is quoque il* 2.*ff.de act. & oblig.* §.*præterea inſtit.quib.mod.re contrah.oblig.* & de hoc contendimus, ideò eius natura in contrahendo depoſitum per tale pactũ alterari non poteſt, vt ſupra de mutuo hactenùs probauimus.

63 Nèc valet ſecundum membrum diſtinctionis, quia in eo totum probatur contrarium, ex quo peracto depoſito, nõ immutatur poſtmodùm per pactum ſubſequens ex interuallo, vt etiam de mutuo diximus *tex.l.pacta conuenta*, *ff.de reſcind.vendit.* immò eadem ratio fictionis allegata per *Piccard.* contrà ſe magnopere vrget de ſe contradictoria, quando in primo diſtributionis membro fatetur, pactum poſſe apponi ſub modo, vel conditione in principio depoſiti, & poſtmodùm in ſecundo membro dicit, quod fingitur res depoſita reddita deponenti, & iterùm depoſitario tradita, expeterem ab eo, quo principio fouetur hæc fictio redditionis: depoſiti ſcilicèt, an mutui, certè depoſiti reſpondere debuiſſet: cùm iam depoſitũ diſtrahatur per redditionem rei depoſitæ, & alia fictio: iterùm conſignandæ rei depoſitæ reſtitutæ per fictionem, quo alio principio contractus conſignatur, mutui, minimè, quia de eo non agitur: neque expreſsè, neque præſumptiuè: nõ expreſsè, patet ab eadem allegata præſumptione, non præſumptiuè, quia ſi cõceditur per *Piccardum* poſſe in principio contractus depoſiti apponere dictã conditionem expreſsè non immutatur ſubſtantia depoſiti; cur non tacitè in ſecundo contractu? Cùm maior ius ſit expreſſi, quàm taciti, igitur dicendum eſt etiam in illo vltimo membro diſtinctionis, adhùc depoſitum eſſe, ex quo partes nihil immutauerunt ex illo adiecto pacto conditionis, quando conceditur tale pactum; nèc expreſsè aliquid in natura depoſiti immutare, & in vno benè ſubdit idem *Piccardus ſub n.*82.*verſ.ſed grauitèr*, quod contrà ſuam excogitatam interpretationem grauitèr vrget *Vlpianus in l.quod ſi ab initio*, *ff.ſi certum petat.*

vbi fuit ab initio conuentum,vt tantundem redderetur, & nihilominùs mota pecunia nô est depositum, sed mutuum, aduersùs quem non obstat vana *Piccardi* responsio, quòd scilicèt *text.*ille vendicat sibi locum: cùm ab initio sub conditione data esset facultas vtendi non purè, qua existête,voluerunt contrahêtes esse mutuum, quia hæc secunda interpretatio adhùc est diuinatio, quid enim interest si purè,vel si sub conditione facultas impartita esset ad alterandã naturam contractus mutui, quando in vtroque casu eadem est iurium dispositio: nisi velimus dicere totum contrarium, ex quo conditio recipit vires ab adimplemento, & sic quando adimpletur iam depositum sortitum fuit vires suæ naturæ, & consequentèr per conditionem adimpletam adhùc remanet depositum, prout si purè post depositum fuerit impertita facultas, vt supra diximus.

64 Ego verò breuitèr dico, quod in dictis iuribus agitur de deposito: sed de eo,quod vice mutui fungitur, & probatur ex eadem *l.Lucius,*ibi, *nàm si vt tantundem solueretur conuenit, egreditur ea res notissimos depositi terminos*. Vndè egressio illius rei symbolizatur in mutuum: cùm in alium contractum symbolizari non possit,vt in *d. l.* 2. §. *mutui datio:*tamèn non per hoc,quia res illa, quæ egreditur notissimos depositi terminos, & symbolizatur in mutuum,sortitur naturam mutui; sed remanet in eadem natura depositi, vt probat mihi *Bart.in l.si quis per causam,ff.si cert.petat. & in l.*1. §.*hac actio, ff.si quis testam. lib. esse iuss. fuer.& Gomes instit.in* §.*fuerat, n.*13. *vers.* 5. *limitatur* dicentes depositum non sapere naturam mutui, in cuius locum subrogatur ob diuersam qualitatem; idq; excipiunt *ex cap.super quæst.* §.*si vero de offic.Iudic.deleg.*& probat *Meneeh.de arbitr.Iudic.lib.*1. *q.*54. *sub n.*32. qui per totam illam quæstionem multos conducit casus symbolos,in quibus subrogatum non sapit naturam sui subrogati, quando non est eiusdem speciei, & naturæ, & sic absolue omnia dubia desupèr in contrarium adducta.

Sed vt nostra interpretatio firma remaneat,cùm dixerimus, & si depositum non sapiat naturam mutui,in cuius locũ subrogatur:sed retinet eandem depositi naturam,oportet vt etiam firmemus periculum rei depositæ non ad depositarium,sed ad deponentem spectet, quia non immutata depositi natura, nèc immutatur eius conditio, cuius est, vt res deposita pereat in damnum deponentis, & non depositarij,quando abest omnis culpa ex parte depositarij, sed in hoc totum apparet contrarium,ergo hic opus, hic labor.

65 Ad soluendam, imò potiùs confirmandam hanc difficultatem dicit *Piccardus ibidem sub n.*83.*in vers.deindè eidem sententiæ*, quod suæ explicationi non obstat *text. in alleg.l.cùm manu sata in fine*; vbi purè interuenit ab initio côuentio, & nihilominùs perimit contractus venditionis,& sic respondet, pactũ illud non esse contrà naturam venditionis,ideoque illud perimere,& ad maiorem intellectum animaduertit; quod licèt translatio dominij non sit in venditione omninò necessaria: cùm possit côsistere,quamuis dominium non transferatur, *l.si ità, l.si rem alienam, ff. de contrah.empt.* §.*si quis à non Domino instit.de rer. diuis.* quo sensu accipiendum est, quod *Bart.ait in l.ex empto n.*6.*ff.de act. empt.*translationem non esse de natura emptionis receptus, secundum *Curt. in d.l.*2.*in princ.n.*33.*ff.si cert.petat.*& alios apud *Arium Pincllum in rubr. secunda parte cap.*3.*n.*16.*C.de rescind.vendit.* ad de *Afflict.decis.*338.*Camill.de Medic.côs.* 101. *D. Reg. de Ponte de potestate Proreg. tit.*8.§.3.*D.de Franch.decis.*506. *&* 540. *Grat. decis. Marcb.* 13. *sub num.* 1. ad 6. *Amat. decis. Marcb.* 6.*nu.*3. *Merlin.decis. Lucens.*33.*n.*3.*Monenta. cons.* 129.*Surd. decis.*305.*n.*39.*Mantica de tacit.lib.*2.*tit.* 2. *n.* 14. dicentes non obstare quasuis clausulas translatiuas, ad habendum, tenendum,& possidendum,& constituti, quia per illas in eo casu vtile dumtaxàt dominium transfertur, vel sola possessio, siuè tenuta, ad instàr locationis, ità quod, si pretium non soluatur, datur venditori rei vendicatio, ad *text. in l.*2. *ff.de leg.com. & l.procurator,* §. *sed si res, ff.de trib. act.* & in terminis habetur per

Rotam

*Rotam Romanam in decis.*728.*circa finem versic. nec refragatur par.4.in nouiss. Marta cons.*166.*n.*22.& 23.quæ quidem reseruatio operatur etiam contrà tertium, vt ille non possit acquirere ius liberum, ad notata per *Tiraq.de retr.consang.* §.1. *gl.*2.*n.*39.*in fine*,& *Corn. cons.*297. *nu.*3. *Cenc.de censib.par.*1.2. *quæst.*3. *art.*4. vbi dicit, quod emptor rei cùm hoc pacto non potest super eum cēsum imponere, ante pretium solutum, & si fuerit impositus erit nullus, sequitur *Grat. decis. March.* 13. vbi dicit, quod in hoc casu potest emptor dicti annui census agere ad pretij restitutionem, tanquam super re non libera,& *Surd.decis.*220.*num.*16. ait, quod si pretium non fuerit solutum, possit venditor rem illam alteri vendere absque pœna falsi, quod etiam notat *Bertaz.in cons.comm.*740. *lib.*1. vbi Dominus vendens rem,reseruato dominio, & posteà illam locans emptori, non committit vsuram, *Magon. decis.Luc.*31. vbi si venditor, elapso tempore solutionis pretij, alteri vendiderit, quod illi primo emptori non competeret remedium spolij, & recup. possess. contrà secundum emptorem, & sic per *S.R.C.* fuisse decisum ad relationem *D. Consiliary Francisci Sauy* post prædictos omnes allegatos,& per ipsum repetitos testatur *D.Hodierna ad Surd. decis.*157.*sub n.*6. limitans hanc Doctorum sententiā *sub n.*11.quotiescumque peteretur pretium, quo casu cessat ratio ad rem vendicandam, quia petitio pretij se non compatitur cùm resolutione cōtractus, per totas inibi per ipsum,sed contrahētes eo animo esse debent, vt si fieri potest; veluti si Dominus est, qui vendidit dominium transferatur,vt expressit idē *Bart.in l. in conuentionalibus* §. 1. *ff. de verb.obligat.* quem sibi contrarium male putabat *Arius Pinellus*, & probatur hæc sententia *in l.clenibus,ff.de contrah.empt.* & *in l. vendita instit. de rer. diuis.* & proindè rectè in hoc casu respondet *text.in d.l.cùm manu fata*,§.*fin.*pactum, nè dominium transferatur, emptionem perimere,quia repugnat animo,quo cōtrahentes esse debent in eo contractu,& consequenter naturæ emptionis *text. in l.sicut emptio cum gl. & l. seq. ff.locati*, vbi habetur, quod si vendidi rem pro certo pretio,pacto, vt solutione pendēte, res vendita dicatur locata, non per hoc desinit esse emptio, & venditio, & interitus rei in damnum emptoris, & sic conductoris, & non in damnum venditoris, & sic locatoris cederet: & proindè cessat etiam mercedis remissio, prout per *S. R. C.* decisum fuisse, patrocinante *R.P.D.Mele in causa Piscium*, testatur *D. Hodierna d.decis.*157. *num.* 13. dicens, quod per illum *text.* obstupuit, *Boss.de remiss.merced.num.*102. & sic ex multis, quos adducit firmat satis doctè, tale pactum vitiar:,tanquàm adiectum contrà naturam cōtractus,& nihil aliud operari,quàm hypothecam cùm prælatione, & quod remanet contractus purus venditionis,cùm sua natura translationis dominij in emptorem,non obstāte illo pacto reseruatiuo, & quod opinio tenentium, quod totus contractus venditionis annulletur, vt hic *ex text. in l.*1.& 2.*ff. de leg.commiss.l.itèm si pretio,ff.locati*,& respondet etiam *d.l.procurator*,§.*planè,ff.de trib.act.* quia *text.*ille loquitur in casu,quo creditor noluit fidem de pretio habere, credens statim emptorem sibi soluturum, ibi, *in creditum non iuit*:cùm in creditum ire est, vt pecuniam à debitore extorquere possumus, vt supra diximus, & secundum *D.de Ponte cons.*70.*n.*32. & *Franc.Steph. decis.*68.sed pactio, de qua in *d.l.Lucius* apposita pecuniæ numeratæ(subdit *Piccardus*) non repugnat naturæ depositi, cuius modum excedit; potest enim depositum manere, quia recipiens gratuito custodiam præstat,& ad vsuras,& ad alia,de quibus supra tenetur,sed quoniā periculum,& dominium transit in accipientem egreditur depositi terminos.

66 Tamèn hæc vltima *Piccardi* solutio, in eo genere, in quo ipse conatus fuit explicationem adhibere huic tertio argumento non bene adaptatur, ex quo videtur soluere idem per idem: cùm nō assignet rationem, cur egreditur depositi terminos in translatione dominij,& periculum in depositarium referatur,& non in cæteris,de quibus supra disputauimus circà mutationem essentiæ contractus.

Dices,

Dices, quod interdum in depositario vltrà dolum, consideratur etiã omnis culpa lata, leuis, & leuissima, vt apud *Hebreos* in deposito animaliũ *exod. 22.* post *Connan.* notat *D. Arias de Mesa var. resolut. lib. 2. cap. 35. n. 3. vers. sed, & interdum*, & in iure communi, si quis se deposito obtulerit, vel si ità conuenerit *l. si vt certo* §. *cum vidend. ff. commod. l. 1.* §. *si conuenerit, & d.* §. *sæpè, ff. deposit. cap. vlt. eod. tit.* aut si aliquod pro custodia receperit, quo enim casu de læui tãtùm culpa tenetur, post alios explicat *Arias loco cit.* cùm ergo depositarius *in d. l. Lucius* sic implicitèr conuenerit, assumendo sibi dominium rei depositæ, non est quid repugnet, quin de omni casu fortuito non teneatur, quando regularitèr non teneretur: nisi de dolo, & ex conuẽtione astringitur etiam de læuissima culpa, & sic sicuti ex pacto potest se obligare depositarius ex læuissima culpa, vt est inconfessum apud omnes ex eo, quod volenti non fit iniuria, excedendo depositi terminos, sic etiam in hoc, de quo *in d. l. Lucius*: cùm non possit assignari dispar ratio intèr vtrũq; casum, attenta nostra interpretatione.

67 Quartum argumentum diluitur per *Bart. interpretationem in d. l. 2.* §. *appellata n. 3. ff. si cert. petat.* post *glos.* dicentes, obligationes in *d. l. in contractibus, C. de non numerata pecunia* non oriri ex mutuo, sed ex chyrografo, quod *Iustinianus* probare videtur in principio *instit. de lit. oblig.* vbi hanc obligationem literarum continet non mutuum; & hanc interpretationem adeptus fuit etiam *Petrus Castald. aduers. pandect. ex lib. 17. tit. de reb. credit. l. 2.* §. *creditum in fine*, in quo concedit etiam diuisionem, quam communitèr Doctores collocant: mutui scilicèt esse triplicis generis.

Cæterùm hæc *Bartoli*, & sequacium interpretatio facillimè contemnitur: nã omissa mutui distinctione, quam putant esse Doctores triplicem, quatruplicem ex quatuor modis, quibus possit contrahi, & constitui, naturale, & ciuile, & naturale simul, & ciuile, & ex fictione iuris.

Naturalitèr tantùm (dicunt) re contrahi, interueniente cùm consensu, re consistente, aut numero, aut pondere, aut mensura, sine stipulatione, de reddendo in eadem quantitate, & qualitate, seù bonitate, pondere, numero, & mẽsura: cùm ex natura contractus illa veniant in restitutionem *d. l. 2.* §. *mutui datio, & l. cùm quid, ff. de reb. credit. & si cert. petat. & l. si quis nec causam*, §. *1. quibus mod. tollit. oblig.*

70 Ciuile mutuũ, dicũt, cõstituitur, quod per stipulationem, quæ ciuilis est, §. *de constituto instit. de act.* cautionem habet de restituendo in eadem bonitate, quãtitate, & qualitate, secundum *Petr. Greg. Tholos. Syntag. iur. ciuil. vniuers. d. lib. 22. cap. 2. sub n. 3. vers. ciuile mutuum*, qui fretus ratione *Pauli Castr. in cons. 107. vol. 1. & tex. in l. 2. C. si cert. petat.* assentitur ex numeratione non nasci actionem, sed ex stipulatione, quæ vel præcessit, vel subsequatur eam *l. si ità*, §. *cùm, ff. de nouat. l. si ità stipulatus*, §. *Crisogonus, ff. de verb. obligat.* & numeratio tùnc priùs implere stipulationem, quàm parere actionem videtur, & proindè ab ea non fit denominatio *Pract. Papiens. in forma libelli pro act. hypoth. in verbo mutuo*; Ciuile mutuum esse, aiunt, quod per simplicem oris confessionem contrahitur, puta, cùm dicatur talis confessus fuit, se recepisse, & habuisse cẽtum pro mutuo, & quod talis contrahendi modus sit in communi stylo, & vsu; de quo iura loquuntur in literarum obligatione, *l. 1. & 3. C. de non numer. pecun.* §. *1. instit. de lit. obligat.* & sic confunditur hæc tertia species cùm illa, de qua in chirografo secundum *de Ferr. loco cit.*

71 Naturale mutuum, in quo tamèn cooperatur iuris ciuilis fictio, quando per iuris fictionem quippiam mutuo datur, quod fit de meo tuum: proindè, ac si naturalitèr mutuum fuerit, vt in casibus *d. l. sing. & l. rege st. ff. de reb. credit.* & hanc distinctionem probat etiam post *Thes. Mantica d. lib. 8. tit. 2.*

72 Qua distinctione adhibita, statuunt Doctores, & signantèr *Piccardus loco cit. sub num. 91. vers. ego, reiecta*, quod saltim ad maiorem docendi methodum inuentis contrahitur eo casu obligatio ex mutuo, quia creditur, numerationem præcessisse, iuxtà confessionem credito-

ris,

ris, adeo vt necessarius non sit biennij lapsus, vt contra *Bart. & alios in d. §. appellata* defendit *Costa in l. si ex cautione fallent. 4. C. de non num. pecun. declarat. 4.* quia expectatio biennij expetitur à *Iustiniano in versi. planè de liter. obligat.* ibi, *sic, & hodie fit, vt dùm quari non potest scriptura obligetur*, quia his verbis non significatur creditorem ante biennium exceptionem non habere, sed illud post biennium non admitti contra eam exceptionem non numeratæ pecuniæ, quę cum intrà biennium admittetur efficiebat, vt intrà illud videretur obligatus debitor *arg. l. si dare in fine, ff. de verb. obligat.* nec magis obstat *l. 1. C. de non num. pecun.* ibi, *frustra*, quæ verba ostendunt scripturam non habere effectum obligationis etiam ciuilis *arg. l. pen. §. ad crimen*, cùm ibi *à Bartolo* notatis, *ff. de publie. Iudic.* respondit enim *Piccardus* verbum, *frustra*, ad effectum referri, quo attento, elidirur per exceptionem obligatio aliàs efficax, vt exponit *Accur.* ibi, *& in l. si Titius, ff. de fideiuss.* concludens *Piccard.* sic solui quartum argumentum.

73 Veruntamèn, iudicio meo, adhùc (ni fallor) nec solutum, nec explicatum apparet tale quartum argumentum, probo in primis, negando pluralitatem mutui: cùm illud vnicum esse probemus re dumtaxàt contractum ad sæpè sæpiùs alleg. *l. 2. ff. de reb. credit.* & *si cert. petat.* ex quo cæteræ specialitates sortiuntur naturam mutui, cui adijciuntur, & signātèr stipulatio, vt hactenùs probauimus *tit. 1. cap. 4.* vbi magnopere adnotauimus stipulationem sortiri naturam contractus, cui adijcitur, & in hoc decipiūtur interpretes tenentes non posse agi ex mutuo, sed bene ex stipulatu, quoties cumq; præcedit, vel subsequitur stipulatio, quoniam rem per hoc, quod fit apodixa, vel chirographum ad probandum mutuum, ergo est literarum obligatio, & consequentèr alia species mutui nèpè ciuilis, quia chirographum non est contractus, nec contractum in eo cōtentum alterare potest, cùm illud sit mera scriptura confecta ad futuram mutui probationē, quod talitèr fit cū chirographo, & sine eo, vel cum confessione, vel cùm reali rei traditione: cùm per chirographum, nec mutuum, nec stipulatio contrahatur, sed per chirographum probatur dumtaxàt mutuum fuisse contractum, & stipulationem interuenisse *arg. l. Publia §. 1. ff. depositi*, non minùs, ac si de deposito publicum instrumentum à Notario cōscriptum esset, vel apud acta fuisset facta obligatio, quibus in casibus dubitari minùs potest, quia etiam si nulla stipulationis mentio inserta proponeretur: promissor tamèn ex eodem instrumento tanquam ex stipulatione probata conueniri posset. Quod vtrum quis per publicam scripturam se obliget, an per priuatam interest, quod ad ius ipsū obligationis, & ad animum se obligandi discrimen est: Nullum prorsùs, nisi quod publica scriptura paratiorem viā præbeat ad agendum, quàm priuata, & sic vt diximus apparet pragmaticorum non leuis error in assignando pluralitatem mutui, quia si alitèr est, non est mutuum, neque quando chirographum, absente creditore, cōscriptum sit, nèc probatur numeratio pecuniæ chirographariæ, tùnc dubio procul non est mutuum, nec mutui species, quia tùnc nulla mutui actio competit, sed ea dumtaxàt, quā condictionem ex chirographo appellāt, quæ successit in loco obligationis literarum, quandoquidem stipulatio intèr absentes contracta videri non potest, *§. 1. instit. de lit. oblig. l. cùm figura, ff. de oblig. & act.*

74 Itaque in præposita dicti argumenti quarti interpretatione, siuè solutione, sicuti confunduntur interpretes in assignando pluralitatem mutui; sic etiam aberrasse *Piccardus* respondendo dicto argumento ex facultate sibi impartita, plur[illegible] tis eiusmodi mutui: vndè cùm in *d. l. in contractibus, C. de non numer. pec.* non agatur de chirographo, absente creditore, scripto, sed de contractu, in quo debitum conscribitur, dumtaxàt, vt probatur *in d. l.* ibi, *in contractibus, in quibus pecuniæ, vel aliæ res numeratæ, vel datæ esse conscribuntur*, [illegible] verbum, *cōscribuntur*, quod est præ[illegible] temporis, & refertur a[illegible] [illegible], pondere, & mensura c[illegible], vt notat [illegible] *in verbo, aliæ res*, ergo est mutuum, non literarum obligatio, de qua nulla mentio

per

Digitized by Google

per textum, sed benè de contractibus, in quibus conscribuntur, siuè per instrumẽtum, siuè per confessionem, supplet *glosa in d.l.conscribuntur lit.B.* & proindè non per hoc, quod in *d. l. in contractibus* sit elargitum tempus biennij ad opponendum exceptionem non numeratæ pecuniæ, ergo sequitur non est mutuum, quia exceptio illa non elidit cõtractum mutui, sed benè suspendit, donèc per creditorem probetur, fuisse numeratam pecuniam, vel rem venditam traditam, quo probato, erit probatum mutuum, & probatum de meo fuisse factum tuum à principio mutui dati: licèt non probati, & sic in *d. l. in contractibus* non negatur, quod de meo fuit factum tuum, sed bene negatur probatio, quod talitèr actum non fuerit: cùm mutuum sit quid facti, & probandum ab allegante *Mascard.de probat. concl.*1085.*per totam*, vbi efficacitèr notat modum probandi mutuum *Facch. contr.iur. lib. 1. cap. 51. per tot.* & sic non per hoc, quòd in *d.l.in cõtractibus*, requiritur probatio mutui, subsequitur sequela, ergo non est mutuum, & videas in quem maximum errorem inciderunt interpretes antiqui, & Pragmatici Neotherici, quando per vsum talem omninò fit.

Quintum argumentum desumptum à *l.singularia*, ibi, *obligaris mihi quamuis nummos meos non acceperis, ff. si cert.pet.* maiorem patitur difficultatem præceteris, & si difficillimis. Primo dùm contrà naturam contractus mutui statuit illud contrahi inter me, & te, quamuis nummos meos non acceperis. Secundo per te debitorem meum, & sic per liberam personam acquiri mihi conditionem contrà expressum textum in *l. quæcumq; gerimus, ff. de oblig.at. & act. l. stipulatio ista, §.alteri, ff.de verb.o. bligat. l.quo tutela, §.fin.ff.de reg.iur. l.solutam, §.per liberam, ff.de pignor.at.act. §.ex his instit. per quas personas, & §. alteri instit. de inut. stipulat. cum concordant.*

75 Dicunt, mutuum ideò ibi cõtrahi intèr mandantem, & accipientem, quia fictione breuis manus fingitur mandati datam esse pecuniam, & ab eo ad debitorem profectam: Vndè cùm in eo mutuo ius ciuile cooperatur, contrahi benè poterit, quamuis naturalitèr de meo tuum non fiat: cùm ciuili fictione interligatur ad Dominum pecuniam peruenisse, & proindè acquiritur Domino certi codictio, quia ea acquisitio fit per actus naturales, quibus medianribus, etiam per liberam personam acquirimus, *l.ea, quæ ciuilitèr, ff. de atq. rer. domin.* & in hanc interpretationem iuere *Accurs.in d.l.singularia, verbo non recepe-ris Bart.ib.dem n.17.Paulus n.1. Ias.n.2.* communitèr omnes in *d.l.certi condictio, §. si nummos, ff.si cert.petat.* & receptam testatur *Alex.ibid. n.3. Couar.var.cap.4. num.2.*

76 Verùm hæc suprapolita interpretatio non arridet *Piccardo loco pluries cit. sub n.* 98. dicens ipse in *d. l. singularia* per debitoris numerationem mandati obligationem quæsitam non fuisse, sed negotium intèr mandantem, & accipientem fuisse contractum, & sic debitorem mandantis pecuniam verè, & non fictè accepisse, aut interpretatiuè.

77 Ad cuius *text.* explicationem obseruat *Piccardus*, per procuratorem posse acquiri possessionem *d.l.ea, quæ ciuilitèr, l.1. C.de acq. possess.l.1. C.per quas person. d.§. ex his*, ideò si futurum debitorem iussero antiqui debitoris accipere numerationem, erit procurator meus, & ità per eum acquiritur mihi possessio, & per possessionem adijcietur mihi dominium, *d.l.1 & §.ex his*, atqui cùm dominium, & possessio apud Dominum sit, & futurus debitor solus teneatur, si conuenerit, vt eam habeat pecuniam causa crediti, creditum fiet, iuxtà *text. in §.interdum instit.de rer.diuis.& in l.conditio, §.deposit.ff.si cert.petat.* & hanc interpretationem firmari per *text. in l.Procurator, ff.de acq.rer.domin. & in l.3.§.debitorem, ff.de donat. inter vir. & vxor.* iuxtà quam constat in *d. l. singularia in princ. & in d.l.qui negotia, in vers. item quod si à debitore, ff. mandati* fuisse per alium quæsitam obligationem; sed creditorem debitoris nummos accepisse: Vndè fictione breuis manus non fingimus pecuniæ dominium mihi quæsitum fuisse, quia quæsitum fuit sine vlla fictione, sed fingitur dominium, quod priùs mihi iuris intellectu quæsitum fuit, temporis

etiam

etiam distinctione priùs fuisse quæsitũ: nàm cum in hac causa celeritate coniũgendarum intèr se actionum eodem numero temporis, mihi, & futuro debitori dominium quæratur, mutuum consistere non poterit; ideò fictione breuis manus efficitur, vt intelligamus distinctionem temporis, priùs mihi fuisse quæsitum dominium, & mutuum posſit consistere, atqui sic intelligenda sunt verba *d.l.singularia*, ibi, *obligaris mihi, quamuis nummos meos non acceperis nũmos*, meos non fuisse temporis distinctione, quamuis re vera, iuris intellectu nũmos meos acceperit, & sic hæc interpretatio est eadem per idem, de qua in præcedenti: cùm inibi etiam per iuris intellectum fuit explicatus dictus *text. in d. l. singularia*.

Maiorem vim facere in *d.text.* verbũ, *quod igitur*, in *d.l.singularia*, fatetur *Piccardus sub n. 101. in verſ. restat explicatio*: cùm doceat *Vlpianus*, quod si debitorem meum iussero pecuniam quam mihi debet ex causa mandati retinere crediti nomine, mutuum contrahitur, quo casu, cùm pecunia nunquàm mea fuerit, mihi dumtaxàt debita mutuum contrahi non poterat, & probatur per *Vlpianum* suæ sententia duabus potiſſimum rationibus, altera in duabus personis receptam in vna eademque, multo magis recipiẽdum esse: vndè quemadmodùm credita pecunia fit, si debitorem meum iussero tibi pecuniam dare, creditum quoque fiet, si pecuniam à te mihi debitam ex causa mandati iusserim crediti nomine retinere, sequens est, quod si pecuniam apud te depositam, conuenerit, vt crediram habens, credita fiet, *d.l.certi condictio, §.fin.ff.si cert.petat.* ergo si pecuniam, quam mihi debeas ex causa mandati conuenerit, vt creditam habeas, credita fiet. Concludit propterea *Vlpianus* fictione breuis manus pecuniam mihi datam videri, & à me ad te profectam, *l.licèt, §.quoties, ff.de iure dot.* & celeritate intèr se coniungendarum actionum vnam actionem occultari, *l.3. §.sed, & si debitorem, ff.de donat. intèr vir. & vxor.* quibus *Vlpiani* argumentis magnopere nostra redditur diffi:ilis conclusio (subdit *Piccardus*.)

78 Et proindè, vt ei satisfaciat *Piccardus* pugnat aduersùs *Vlpianum* cùm telo *Africani* sententiæ desumptæ *in l.qui negotia, ff.mandati*, *Africanus* enim voluit, quod si procurator meus per epistolam mihi significauerit pecuniam meo nomine à debitoribus meis exegisse, & eã sibi creditam retinuisse, seque debitorem cùm vsuris semiſſibus nuda, & simplici pactione ex causa mandati pecuniam mihi debitam non conmutti in causam crediti, quam sententiam duobus similitèr instantijs confirmatur.

Prima, mutuum tùnc certè contrahitur, quando de meo fit tuum: vndè cùm illa pecunia mea non fuerit, nèc à me ad debitorem profecta credita non erit, ex quo mutuum contractus est, qui datione celebratur, re ipsa, & numeratione, nuda autem pactione dominium transferri non potest, *l. traditionibus, C. de pact.* & indè nèc nuda pactione pecunia debita ex causa mandati poterat cõuerti in causam mutui, & hoc est, quod *Africanus* significat *in d.l. qui negotia, verſ.alioqui.*

80 Secunda, quia si quis alteri pecuniam mutuo dare vellet, ei argentum credendum dedisset, pecunia ex argento vendito credita non fieret, sed præscriptis verbis actio competeret, *l.rogaſti, ff. de præſcript.verb.* Vndè pari ratione in hac specie pecunia credita non erit, sed debita ex causa mandat, & hoc est, quod affirmat *Africanus in verſ.argumentum esse*.

81 Communis interpretatio traditur, quod in *d.l. singularia*, pecunia præsens fuit, ideò facillimè conuerti poterat in causam mutui, sed *d.l. si negotia* non ità, & ideò transfusioni locum non fuisse.

82 Hæc communis interpretatio nulli ex supradictis legibus conuenit, quia si pecunia fuisset præsens, sine illa fictione mutuum contractum fuisset *arg. text. in l.1.§.si si iuxerim, ff.de acq.poſſeſſ.*

83 Qua spreta dicunt alij *in d. l. singularia*, pecuniam solutioni paratam, & destinatam esse, & ideò facilem conuerti in causam crediti arg. *text. in l.si sponsa ib. §.1.ff.de iure dot.* & *in d.l.qui negotia* pecuniam consumptam fuisse, ideoque cum talem non posse in causam mutui conuerti,

tes ab initio possent quem velint contractum celebrare, tamen non possunt, nèc prorsùs valent formam contractui à legibus constitutam immutare, *l. naturalis, §. 1. cum seq. ff. de prescript. verb. & l. quidam decedens in fine, ff. de adminiftr. tutor. & l. nemo potest, ff. de legat.* 1. & proindè contractus donèc est in fieri ex voluntate contrahentium formam potest suscipere, *Bald. in l. iuris gent. §. quinimmo n. 2. in fine, ff. de pact.* verùm vna forma electa, illius formam à lege traditam debent obseruare *l. 1. §. si quis ità, ff. de verb. obligat.* ergo sic etiam in deposito, in quo species mutui fuit electa.

53 Tertium dubium desumitur ad probandum, quod in *d. l. Lucius* fuerit mutuum potiùs, quàm depositum ordinatũ *ex l. certi conditio, §. fin. ff. si cert. petat.* vbi si deponens pecuniam permittat depositarium ea vti, transfunditur depositum in mutuum, igitur idem esse debet *in d. l. Lucius*, cùm alijs adductis in dicto tertio argumento: cùm diuersa facti species in ea non proponatur, quàm in superiori *§. fin.*

Quartum excitatur dubium contrà proxima supra relata desumptum *à l. quod si ab initio, ff. si cert. petat. l. 1. §. eleganter, vers. si pecunia, ff. depositi*, vbi pecunia deposita, ea conditione, vt accipiens si voluerit ea vtatur, impleta conditione, transfunditur in mutuum, vt probant *in d. l. Alex. num. 1. Fulg. num. 2. Alciat. num. 3.*

54 Quintum, & vltimum dubium, quod vrget, desumitur *à l. cùm manu sata, ff. de contrah. empt. in §. fin.* vbi pactum appositum in venditione, nè dominium in emptorem transferatur, perimit venditionem, eamque transfundit in locationẽ, vel aliud genus contractus pactioni cõueniens, ac cum tàm venditioni conueniat translatio dominij, vt tradit *Arius Pinellus in rubr. C. de rescind. vendit. parte 2. n. 11. & 16.* quàm deposito ipsius retentio, vt *d. §. rei deposita*, ergo conuentio, de qua *in d. l. Lucius*, & similibus transfert depositum in mutuum, hoc idẽ argumentum repetit *Rodriquez de priuil. depositi sub num. 41.*

55 Ideò suprapositum argumentum talibus dubijs contrauertitum oportet, vt suam germanam habeat solutionem; pro qua prima occurrunt relata *à Mantica d. lib. 8. tit. 4. sub n. 23. vers. neq; etiam obstat*, vbi dicit, ideò in talibus legibus sic dispositum fuit in deposito, quia vtilitas causæ sic exposcebat, quod de mutuo sic scriptum non reperitur, vt possit conueniri, vt eadem species reddatur, & mutuum contractum intelligatur.

Hæc *Mantica* solutio est mera diuinatio (pace tanti Eminentissimi Viri dixerim) ex quo non per hoc, quod aliquid in iure specificè non cauetur, ergo non debet per identitatem rationis sic statui, quia licèt in his, quæ legibus, & iure cauta sunt, ratio anxiè quærenda non est, quia voluntas condentis pro ratione habetur *gl. in l. relegatis, ff. de pœnis*: tamèn ratio eiusdem legis alijs deseruit non per modum extensionis, sed benè interpretationis intellectiuæ, siuè comprehensionis, *ad text. in l. his solis, C. de rescind. donat. Auth. vt 11. qui oblig. se prohib. hab. res min. in princ. gl. in clem. 1. de elect. Ias. in l. quamuis n. 6. & seq. de fideicom.* vbi inquit hoc habere locum etiam in correctorijs.

56 Et licèt intuitu *Mantica* dici possit, illud procedere vbi casus intellectiuè cõprehensus non esset per aliam legem prouisus, & vbi est per aliam legem prouisus, prout est in dictis iuribus; tùnc comprehensio cessat, aliàs *d. l. Lucius corrigeret d. l. 2. §. mutui datio*, vel è contrà, quæ prorsùs abest nisi expresse dicatur *l. precipimus, C. de appellat. §. cùm igitur, vers. nèc quælibet est lex Auth. de non elig. secund. nupt.* nèc dicuntur reformatæ leges etiam ex identitate rationis per *tex. in l. 1. C. de inoff. donat.* cùm oporteat, quod sigillatim corrigantur, & dicatur expresse lex per aliam corrigi, quando est ei directo contraria, vt post *Isern. in Constit. Regni appellationum tẽpora* plaudit *Doctus Consil. Hadierna in repet. l. hac edict. q. 1. sub n. 61.* tamèn quia dispositiones eiusmodi legum non sunt contrariæ, sed benè symbolæ, cùm per easdem species statuant, perindè non ad inuicẽ corriguntur: sed magis coadiuuantur, maximè, quia fuit in pandectis nihil priùs, nihil posteriùs, sed omnia vno eodemque tempore videntur esse scripta, quia

Digitized by Google

quia eodem momento authoritatem sumpserunt, quod disponitur in vno symbolo statuitur in altero, prout in cõtractu dicimus, in quo nihil dicitur prius altero, quia eodem tempore, quo in instrumento scripta sunt vinc accipiunt, *vt in l.contractus, C.de fide instrum.l.vbi ità scriptum, vbi Bart. ff.de leg.* ergo alia ratio quærenda, cur eius pactione non obstante *in d.l. Lucius*, & similibus, adhùc depositum durare, quod non est in mutuo.

Alia, & magis probabilis fuit interpretatio *d.l. Lucius* cùm similibus, esse bene depositum: sed irregulare, eoque referri versiculum, *egreditur ea res notissimos depositi terminos*, non etenim significat, non esse depositum, sed proptèr cõuentionem transferendi dominium in accipientem esse depositum scilicèt, sed irregulare *Aret.in d.l.2.in princ.n.8. Ias. n.6.Ripa n.10 Curt.Iun.nu.4.Alciat.nu.3. Purpurat.nu.4. D.Regens de Ponte in cons. 56.lib.1.& cons.70.num.51.lib.2.Castillo Sotomaior contr.iur.lib.3.cap.16.sub num. 25.& seq.& n.37.38.& 42.Fontanella de pact.nupt. clauf.5.gl. 8. parte 7.num.9. vol.2.Statil.Pacificus de Saluiano interdicto inspect.3.cap.2.nu.105.Rodr.de annal. reddit.lib.3.q.11.sub n.37.Peguera decis. 38.Giurba decis.98.nu.3. Intrigl. decis.1. n.14.15.& 16.Scaccia de commerc.& cãb. §.1.q.7.par.3. ampl.3.num.5.& seq.Card. Tusc.concl.199.n.7.& seq.lit.D.vol.2.* vbi quod irregulare depositum pecuniarũ, & sic generis mutui non obtinet, & earum dominium transit in ipsum depositarium, & censetur depositario data licentia vtendi *ad text. in d.l. dies sponsaliorum in d.l. Lucius, & d.l. in Naui Saufeii, & Bald.in l.fin. C.depositi*, & *in l. in contractibus, §.sed quoniam, C. de non num.pecun.& in cons.317.lib.3.* cùm alijs longa remissione citatis suo more, per *Antoninũ de Amato var.resolut. lib.1 resolut.20.sub n.2.* quibus adde *D.Reg.Roui.decis. 23.sub n. 23.* qui loquitur de Banco *D.de Franch. decis.304.* qui omnes fatentur tale depositum habere priuilegium veri depositi, quibus adde quamplurimos alios, de quibus apud *Donad. de renunc. cap.29.num.80.* sed effectus sunt contrarij, quorum

57 Primus est, quia ex eo, quod depositum est: licèt irregulare, poterit per concedentem quandocumque reuocari, ex *regul.text.in cap vlt.vers.fin.extra de depos.* quod secùs esset, si in mutuum conuertaretur, quia non posset reuocari antequam beneficio sibi facto fuerit vsus accipiens *arg.l. incommodato 17. §.sicut ad finem ff.commod.* quod etiam procedere in mutuo docet *Bart.in l.si pretium in fine, ff.de verb.sign. D. Reg.de Ponte cons.56.lib.1.Macerat.var. resolut. lib. 1. resolut.13.num.10.*

Secundus est effectus: nàm qui confessus fuit pecuniam accepisse in specie *d.l.Lucius*: cùm alijs, non poterit opponere de exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ habet locum in solo mutuo, *l.si ex cautione, l. in contractibus, §.sed quoniam, C.de non numer. pecun.* non in alijs contractibus, *l.generalitèr eod.tit.& in specie d.l.Lucius*, sic adnotauit *Bald.in d.§.sed quoniam quæst.2. Paul.col.2. Salyc. col.4.Felinus in cap.si cautio n.54.vers.& in tantùm de fide instrum.Costa in l.si ea cautione fallent.2.n.4. C.de non numerata pecun.* & hanc esse communem opinionem testatur *Arias de Mesa var. resolut. lib.2.cap.35.num.22.*

Tertius effectus est, quia debitor in illis iuribus, non potest compensationẽ adijcere creditori petenti ex dicto capite vltimo de deposito, quamuis, si mutuum esset, compensatio locum haberet, vt *in §.bonæ fidei de act.instit.l.vlt. C.de compensat.* quod procedit etiam in foro interno probat *D. de Mesa d.cap.35.* vbi in capitulo præcedenti inuehit contra *P. Dianam* tanquàm in materijs moralibus receptissimas sentẽtias spernentẽ.

Quartus effectus est ex irregularitate depositi, ex eo enim, quod dominium transfert in accipientem, generis dominus efficitur, vt nullo casu fortuito liberetur *l.incendium, C.si cert. petat. gl.in l.si quis vxori 53.§.apud Labeonem verbo act.ff.de furt. Paul. de Castro in l.quid nu. 13.Alex.n.17.Socc.n.11.ff.si cert.petat per l.in ratione l.2.§.incertæ, ff.ad l.falcidiam Gomez cons.3.n.3. var.resolut.tomo 2.c.7. de commod.& depos.cap.3.in princ.Fontanella de pact.nupt.clauf.5.gl.8.par.7.n.13. Card.Tusc.concl.205.num.8.& concl.198.*

 num.6.

*num.6.lit.D.vol.2.Card.Mantica de tacit. lib.*10. *tit.*3. *n.* 23. cùm alijs, de quibus apud *Donad.loco cit.num.*81.*&* 82.

58 Vndè conducitur in praxi, quando Nummularius siuè Bancherius depositarius soluit ex falsa apodixa, quod si falsitas sic clara, & patens sine aliqua recognitione nummularius tenetur soluere Domino pecunias, quia dicitur esse in maxima negligentia, si verò falsitas subscriptionum esset latens, & adeò latens, quod nèc etiam per ipsum Dominum fortè possit cognosci,& tùnc in nostro Regno adhibetur cautela tradita per *D.de Franch.d.decis.*304.& est,quod in similibus fiat recognitio per ostentionem apodixarum, quæ ostentio in hoc Regno prout de iure fit integrè, idest ostensis omnibus, & totis apodixis Domino,cuius manus,& subscriptio fuerit adulterata,& falsificata,& probat etiam *D.de Franch. decis.* 502.quæ quidem nostra Regnicola praxis in Regno Siciliæ non est recepta, quia ibi alitèr practicatur, ex quo ibi recognitio apodixarum non ex integro in dicto casu, sed per fenestrellam,vt aiunt ostendendo nullum dumtaxàt characterem subscriptionis in tali casu,facta recognitione per fenestrellam modo prædicto à Domino pecuniarum decipitur suam esse subscriptionem, suo decipitur periculo: nam si ipse decipitur sua subscriptione, quàm suam esse putat, æquitas suadet, quod multo magis debet excusari Nummularius quoque deceptus ex admodùm latenti falsitate,& si verò recognoscens dicat falsam esse subscriptionem: tùnc Nummularius debet suo periculo reddere pecuniam ità cùm falsis ap[illegible]xis expensam, vide *Thor.compend.decis.Regni par.*3.*in verbo Bancum Nummulariorum*, qui notat an teneatur Bancum,an Bancherius,& quid in falsa girata, vbi multas S. C. decisiones cumulat, & quid si soluatur famulo creditoris alias misso ad recipiendam pecuniam à Banco per Dominum,& ea vice aufugerit teneatur nè Ban[illegible]um, negatiuè concludit *Antoninus de Amato d. resolut.*2c *sub n.*14.*qui sub r.* 5.alitèr statu[illegible] i[illegible] debitore,qui non [illegible] Bancherius, & sic debitor non spec[illegible],sed quantitatis,seù generis,& pecu[illegible]um,quia tùnc non liberatur debitor,quantumcumque iustissimam causam habuerit,& famulus quomodolibet esset solitus per cotas inibi per ipsum.

59 Cæterùm eiusmodi supra posita cōmunis opinio,licèt in praxi admittatur, & satis digna ; adhùc tamen ex iam dictis non patet verus sensus *d.l.Lucius* cū alijs vt etiam fatetur *Piccard.d.lib.*3. *instit.tit.*15.*quib.mod.re contrah. oblig. in princ.tit.sub n.*75. *vers.verum hæc*: vndè subdit ipse *sub num.* 76. *vers. præceptores nostri*, quod ipsi in ea fuerunt sententia, vt *in dicta l. Lucius* cùm alijs maneat contractus depositi, quia conuentio reddendi tantundem,solum explicat id,quod inerat ex natura rei positæ, quæ erat pecunia numerata,vt cōstat ex versiculo, *connumerante seruo sticho*, in quo inest,vt tantundem reddatur, vt probat *d.l. in Naue*, *vers. nàm si quis pecuniam*: Vndè quamuis fuerit adiecta conditio reddendi tantundem solum exprimit id, quod tacitè inerat, & consequentèr non mutat contractus conditionem, *l.* 2.*ff. de leg.* 1.& in eo casu loquitur *text. in d. l. sponsaliorum*, §.1.*ibi*, non obsignatam,& dicta *lex Pub'ia Meuia* §. 1. ibi, *suprascripta denariorum argenti decem millia, ex quibus apparet pecuniam numeratam fuisse traditam*, vt *in d.l.certi condictio*, §.*fin.cùm l.seq. & in l.* 1.§.*elegantèr*,*ff.deposit.*cōuentio, vt vtatur fuit interposita super pecunia non numerata, & proindè depositarius exprimit plusquam inerat ex natura rei, idemque ex voluntate pacti non mutat contractum, eumque symbolizatur in mutuum ex quo subsequebatur illatio, quod si *in d. l. Lucius* cùm alijs adiecta fuisset conditio, vt accipiens vteretur pecunia,conuerteretur proculdubio cōtractus depositi in mutuum, quia exprimit plusquam inest ex natura rei depositatæ, secundum quam depositum poterat reuocari statim : secùs, & adiecta conditione.

Hanc interpretationem (*subdit Piccardus ibidem sub n.* 78.) verbis magis, quàm rebus impositam fuisse contra *l.*1. *&* 2.*C.com.delegat.quid enim interest pactum sit,vt tantundem reddere liceat, vel vt pecunia vtatur accipiens, cùm vtroque casu depositum durat,vt patet in l.si saccu-*

lum,

lum, §.*ex promissu*, *ff. de positi*, nèc tantundem propterea reddi possit, quin pecunia usus fuerit accipiens.

Et proindè *Piccardus* ad comprehendendam hanc eandem interpretationem profitetur elegantem suam in mediam collocare mutuatam sibi à suo Præceptore *Gabriele Henriquez*, eàdem scilicèt adhibendo distinctionem, nempè, aut tempore, quo deponitur res, quæ pondere, numero, aut mensura constat, expressè actum est, vt tantundem reddere liceat, vel si fruatur accipiens, & non definit esse depositum, quia contrahentes hoc agunt expressè, à quo incontinenti recedere non videntur ex conditione adiecta, quæ licèt contractus modum excedat, non tamen est contra ipsius substantiam secundum statuit *tex. in d.l. Lucius*, ibi, *nàm si vt tantundem solueretur conuenit, egreditur, ea res notissimos depositi terminos*, & in d.l. *dies sponsaliorum*, ibi, *vt tantundem redderet* & *in d.l. Publia*, §. 1. & *in d.l. in Naui*.

61 Aut in contractu depositi solemnitèr peracto sine vlla conditione ex interuallo actum est intèr partes, vt accipiẽs tantundem redderet, vel deposita pecunia vteretur, & incipit esse mutuum, & ità procedit *text. in d.l. certi condictio*, §. *fin.* cui mirè conuenit hęc interpretatio, ibi, *posteà*, & ibi *mutuum rogauit*, rationẽ adducit in hoc discrimine, quia in primo casu contrahentes videntur velle se incontinẽti corrigere, sed modum adijcere deposito, in secundo contractũ depositi perfectum noua conuenctione transfundunt in mutuum, quasi pecunia reddita deponenti, & rursùs accipienti data, arg. §. *interdum instit. de rer. diuis.* & magis *l. singularia ad finem*, *ff. si cert. pet.* Vndè constat in *d.l. certi condictio*, §. *fin.* cōdicote, quasi mutua tibi *hæc posse, aiũt, non functionem, sed proprietatem exprimere arg. l. prima, ff. de transact.* veluti ipsi Hispani alloqui solent frequentèr verbũ *como* vsurpatur, *como Caballero*, prout etiã confirmauit mutuatis dicendi verbis, *Rodriquez de concursu, & priuil. credit. tit. de priuil. depos. sub num.* 42. *fol.* 158.

Nos enim nullatenùs distinctioni *Piccardi* standum asserimus, quia eiusdẽ distinctio est contrà prima principia desupèr mox relata, & sic non currit prima, quia cùm naturà depositi sit, vt restitutio fiat per eãdem rem numero depositam *d.l.* 2. *in princ. ff. si cert. pet. l.* 1. §. *is quoque il* 2. *ff. de act. & oblig.* §. *præterea instit. quib. mod. re contrah. oblig.* & de hoc contendimus, ideò eius natura incontrahendo depositum per tale pactũ alterari non potest, vt supra de mutuo hactenùs probauimus.

63 Nèc valet secundum membrum distinctionis, quia in eo totum probatur contrarium, ex quo peracto deposito, nõ immutatur postmodùm per pactum subsequens ex interuallo, vt etiam de mutuo diximus *tex. l. pacta conuenta, ff. de rescind. vendit.* immò eadem ratio fictionis allegata per *Piccard.* contrà se magnopere vrget de se contradictoria, quando in primo distributionis membro fatetur, pactum posse apponi sub modo, vel conditione in principio depositi, & postmodùm in secundo membro dicit, quod fingitur res deposita reddita deponenti, & iterùm depositario tradita, expeterem ab eo, quo principio fouetur hæc fictio redditionis: depositi scilicèt, an mutui, certè depositi respondere debuisset: cùm iam depositũ distrahatur per redditionem rei depositæ, & alia fictio: iterùm consignandæ rei depositæ restitutæ per fictionem, quo alio principio contractus consignatur, mutui, minimè, quia de eo non agitur: neque expressè, neque præsumptiuè: nõ expressè, patet ab eadem allegata præsumptione, non præsumptiuè, quia si cōceditur per *Piccardum* posse in principio contractus depositi apponere dictã conditionem expressè non immutatur substantia depositi; cur non tacitè in secundo contractu? Cùm maior ius sit expressi, quàm taciti, igitur dicendum est etiam in illo vltimo membro distinctionis, adhùc depositum esse, ex quo partes nihil immutauerunt ex illo adiecto pacto conditionis, quando conceditur tale pactum; nèc expressè aliquid in natura depositi immutare, & in vnò benè subdit idem *Piccardus sub n.* 82. *vers. sed grauitèr*, quod contrà suam excogitatam interpretationem grauitèr vrget *Vlpianus in l. quod si ab initio, ff. si certum petat.*

 vbi

vbi fuit ab initio conuentum, vt tantundem redderetur, & nihilominùs mota pecunia nō est depositum, sed mutuum, aduersùs quem non obstat vana *Piccardi* responsio, quòd scilicèt *text.* ille vendicat sibi locum: cùm ab initio sub conditione data esset facultas vtendi non purè, qua existēte, voluerunt contrahētes esse mutuum, quia hæc secunda interpretatio adhùc est diuinatio, quid enim interest si purè, vel si sub conditione facultas impartita esset ad alterandā naturam contractus mutui, quando in vtroque casu eadem est iurium dispositio: nisi velimus dicere totum contrarium, ex quo conditio recipit vires ab adimplemento, & sic quando adimpletur iam depositum sortitum fuit vires suæ naturæ, & consequentèr per conditionem adimpletam adhùc remanet depositum, prout si purè post depositum fuerit impertita facultas, vt supra diximus.

64 Ego verò breuitèr dico, quod in dictis iuribus agitur de deposito: sed de eo, quod vice mutui fungitur, & probatur ex eadem *l. Lucius*, ibi, *nam si vt tantundem solueretur conuenit, egreditur ea res notissimos depositi terminos*. Vndè egressio illius rei symbolizatur in mutuum: cùm in alium contractum symbolizari non possit, vt in *d. l. 2. §. mutui datio*: tamèn non per hoc, quia res illa, quæ egreditur notissimos depositi terminos, & symbolizatur in mutuum, sortitur naturam mutui; sed remanet in eadem natura depositi, vt probat mihi *Bart. in l. si quis per causam, ff. si cert. petat. & in l. 1. §. hac actio, ff. si quis testam. lib. esse iuss. fuer. & Gomes instit. in §. fuerat, n. 13. vers. 5. limitatur* dicentes depositum non sapere naturam mutui, in cuius locum subrogatur ob diuersam qualitatem, idq; excipiunt *ex cap. super quæst. §. si vero de offic. Iudic. deleg.* & probat *Menoch. de arbitr. Iudic. lib. 1. q. 54. sub n. 32.* qui per totam illam quæstionem multos conducit casus symbolos, in quibus subrogatum non sapit naturam sui subrogati, quando non est eiusdem speciei, & naturæ, & sic absolue omnia dubia desupèr in contrarium adducta.

Sed vt nostra interpretatio firma remaneat, cùm dixerimus, & si depositum non sapiat naturam mutui, in cuius locū subrogatur: sed retinet candem depositi naturam, oportet vt etiam firmemus periculum rei depositæ non ad depositarium, sed ad deponentem spectet, quia non immutata depositi natura, nec immutatur eius conditio, cuius est, vt res deposita pereat in damnum deponentis, & non depositarij, quando abest omnis culpa ex parte depositarij, sed in hoc totum apparet contrarium, ergo hic opus, hic labor.

65 Ad soluendam, imò potiùs confirmandam hanc difficultatem dicit *Piccardus ibidem sub n. 83. in vers. deindè eidem sententiæ*, quod suæ explicationi non obstat *text. in alleg. l. cùm manu sata in fine*; vbi purè interuenit ab initio cōuentio, & nihilominùs perimit contractus venditionis, & sic respondet, pactū illud non esse contrà naturam venditionis, ideoque illud perimere, & ad maiorem intellectum animaduertit; quod licèt translatio dominij non sit in venditione omninò necessaria: cùm possit cōsistere, quamuis dominium non transferatur, *l. si ità, l. si rem alienam, ff. de contrah. empt. §. si quis à non Domino instit. de rer. diuis.* quo sensu accipiendum est, quod *Bart. ait in l. ex empto n. 6. ff. de act. empt.* translationem non esse de natura emptionis receptus, secundum *Curt. in d. l. 2. in princ. n. 33. ff. si cert. petat.* & alios apud *Arium Pincllum in rubr. secunda parte cap. 3. n. 16. C. de rescind. vendit.* adde *Afflict. decis. 338. Camill. de Medic. cōs. 101. D. Reg. de Ponte de potestate Proreg. tit. 8. §. 3. D. de Franch. decis. 506. & 540. Grat. decis. March. 13. sub num. 1. ad 6. Amat. decis. Marcb. 6. nu. 3. Merlin. decis. Lucens. 33. n. 3. Monenta. cons. 129. Surd. decis. 305. n. 39. Mantica de tacit. lib. 2. tit. 2. n. 14.* dicentes non obstare quasuis clausulas translatiuas, ad habendum, tenendum, & possidendum, & constituti, quia per illas in eo casu vtile dumtaxàt dominium transfertur, vel sola possessio, siuè tenuta, ad instàr locationis, ità quod, si pretium non soluatur, datur venditori rei vendicatio, ad *text. in l. 2. ff. de leg. com. & l. procurator, §. sed si res, ff. de trib. act.* & in terminis habetur per

Rotam

Digitized by Google

Rotam Romanam in decis.728.circa finem vers.nec refragatur par.4.in nouis. Marta cons.166.n.22. & 23.quæ quidem reseruatio operatur etiam contrà tertium, vt ille non possit acquirere ius liberum, ad notata per Tiraq.de retr.consang. §.1. gl.2.n.39.in fine,& Corn. cons.297. nu.3. Cenc.de censib.par.1.2. quæst.3. art.4. vbi dicit, quod emptor rei cùm hoc pacto non potest super eum cēsum imponere, ante pretium solutum, & si fuerit impositus erit nullus, sequitur Grat. decis. March. 13. vbi dicit, quod in hoc casu potest emptor dicti annui census agere ad pretij restitutionem, tanquam supèr re non libera,& Surd.decis.220.num.16. ait, quod si pretium non fuerit solutum, possit venditor rem illam alteri vendere absque pœna falsi, quod etiam notat Bertaz.in cons.comm.740. lib.1. vbi Dominus vendens rem,reseruato dominio, & posteà illam locans emptori, non committit vsuram, Magon. decis.Luc.31. vbi si venditor, elapso tempore solutionis pretij, alteri vendiderit, quod illi primo emptori non competeret remedium spolij, & recup. possess. contrà secundum emptorem, & sic per S.R.C. fuisse decisum ad relationem D. Consiliary Francisci Sauy post prædictos omnes allegatos,& per ipsum repetitos testatur D.Hodierna ad Surd. decis.157.sub n.6. limitans hanc Doctorum sententiā sub n.11.quotiescumque peteretur pretium, quo casu cessat ratio ad rem vendicandam, quia petitio pretij se non compatitur cùm resolutione cōtractus, per cotas inibi per ipsum,sed contrahētes eo animo esse debent, vt si fieri potest; veluti si Dominus est, qui vendidit dominium transferatur,vt expressit idē Bart.in l. in conuentionalibus §. 1. ff. de verb.obligat. quem sibi contrarium male putabat Arius Pinellus, & probatur hæc sententia in l.clausbus,ff.de contrah.empt. & in l. venditæ instit. de rer. diuis. & proindè rectè in hoc casu respondet text.in d.l.cùm manu fata,§.fin.pactum, nè dominium transferatur, emptionem perimere,quia repugnat animo,quo cōtrahentes esse debent in eo contractu,& consequentèr naturæ emptionis text. in l.sicut emptio cum gl. & l.seq. ff.locati, vbi habetur, quod si vendidi rem pro certo pretio, pacto, vt solutione pendēte, res vendita dicatur locata, non per hoc desinit esse emptio, & venditio, & interitus rei in damnum emptoris, & sic conductoris, & non in damnum venditoris, & sic locatoris cederet: & proindè cessat etiam mercedis remissio, prout per S. R. C. decisum fuisse, patrocinante R.P.D.Mele in causa Piscium, testatur D. Hedierna d.decis.157. num. 13. dicens, quod per illum text. obstupuit, Boss.de remiss.merced.num.102. & sic ex multis, quos adducit firmat satis doctè, tale pactum vitiari,tanquàm adiectum contrà naturam cōtractus,& nihil aliud operari,quam hypothecam cùm prælatione, & quod remanet contractus purus venditionis,cùm sua natura translationis dominij in emptorem,non obstāte illo pacto reseruatiuo, & quod opinio tenentium, quod totus contractus venditionis annulletur, vt hic ex text. in l.1.& 2.ff. de leg.commiss.l.itèm si pretio,ff.locati,& respondet etiam d.l.procurator,§.planè,ff.de trib.act. quia text.ille loquitur in casu,quo creditor noluit fidem de pretio habere, credens statim emptorem sibi soluturum, ibi, in creditum non iuit:cùm in creditum ire est, vt pecuniam à debitore extorquere possumus, vt supra diximus, & secundum D.de Ponte cons.70.n.32. & Franc.Steph. decis.68.sed pactio, de qua in d.l.Lucius apposita pecuniæ numeratæ (subdit Piccardus) non repugnat naturæ depositi, cuius modum excedit; potest enim depositum manere, quia recipiens gratuito custodiam præstat,& ad vsuras,& ad alia,de quibus supra tenetur,sed quoniā periculum,& dominium transit in accipientem egreditur depositi terminos.

66 Tamèn hæc vltima Piccardi solutio, in eo genere, in quo ipse conatus fuit explicationem adhibere huic tertio argumento non bene adaptatur, ex quo videtur soluere idem per idem: cùm nō assignet rationem, cur egreditur depositi terminos in translatione dominij,& periculum in depositarium referatur,& non in cæteris,de quibus supra disputauimus circà mutationem essentiæ contractus.

Dicēs,

Digitized by Google

Dices, quod interdum in depositario vltrà dolum, consideratur etiã omnis culpa lata, leuis, & leuissima, vt apud *Hebreos* in deposito animaliũ *exod. 22.* post *Connan.* notat *D. Arias de Mesa var. resolut.lib.2.cap.35.n.3.vers.sed,& interdum*, & in iure communi, si quis se deposito obtulerit, vel si ità conuenerit *l.si vt certo §. cum vidend.ff.commod.l.1. §.si conuenerit, & d.§. sæpè, ff.deposit.cap. vlt.eod. tit.* aut si aliquod pro custodia receperit, quo enim casu de læui tãtùm culpa tenetur, post alios explicat *Arias loco cit.* cùm ergo depositarius *in d.l.Lucius* sic implicitèr conuenerit, assumendo sibi dominium rei depositæ, non est quid repugnet, quin de omni casu fortuito non teneatur; quando regularitèr non teneretur nisi de dolo, & ex conuẽtione astringitur etiam de læuissima culpa, & sic sicuti ex pacto potest se obligare depositarius ex læuissima culpa, vt est inconfessum apud omnes ex eo, quod volenti non fit iniuria, excedendo depositi terminos, sic etiam in hoc, de quo *in d. l. Lucius*: cùm non possit assignari dispar ratio intèr vtrũq; casum, attenta nostra interpretatione.

67 Quartum argumentum diluitur per *Bart.interpretationem in d.l.2. §.appellata n.3. ff. si cert. petat.* post *glos.* dicentes, obligationes in *d.l.in contractibus, C.de non numerata pecunia* non oriri ex mutuo, sed ex chyrografo, quod *Iustinianus* probare videtur in principio *instit. de lit.oblig.* vbi hanc obligationem litterarum continet non mutuum, & hanc interpretationem adeptus fuit etiam *Petrus Castald. aduers.pandect. ex lib.17. tit.de reb.credit.l.2. §.creditum in fine*, in quo concedit etiam diuisionem, quam communitèr Doctores collocant: mutui scilicèt esse triplicis generis.

Cæterùm hæc *Bartoli*, & sequacium interpretatio facillimè contemnitur: nã omissa mutui distinctione, quam putant esse Doctores triplicem, quadruplicem ex quatuor modis, quibus possit contrahi, & constitui, naturale, & ciuile, & naturale simul, & ciuile, & ex fictione iuris.

Naturalitèr tantùm (dicunt) re contrahi, interueniente cùm consensu, re consistente, aut numero, aut pondere, aut mensura, sine stipulatione, de reddendo in eadem quantitate, & qualitate, seù bonitate, pondere, numero, & mẽsura: cùm ex natura contractus illa veniant in restitutionem *d.l.2. §.mutui datio, & l.cùm quid, ff.de reb.credit. & si cert. petat. & l.si quis nèc causam, §. 1. quibus mod.sollit.oblig.*

70 Ciuile mutuũ, dicũt, cõstituitur, quod per stipulationem, quæ ciuilis est, *§.de constituto instit. de act.* cautionem habet de restituendo in eadem bonitate, quãtitate, & qualitate, secundum *Petr. Greg. Tholos.Syntag.iur.ciuil. vniuers.d.lib.22. cap.2.sub n.3.vers.ciuile mutuum*, qui fretus ratione *Pauli Castr.in cons.107.vol.1. & tex.in l.2. C.si cert.petat.* assentitur ex numeratione non nasci actionem, sed ex stipulatione, quæ vel præcessit, vel subsequatur eam *l.si ità, §.cùm, ff.de nouat.l.si ità stipulatus, §.Crisogonus, ff.de verb. obligat.* & numeratio tùnc priùs implere stipulationem, quàm parere actionem videtur, & proindè ab ea non fit denominatio *Pract. Papiens. in forma libelli pro act.hypoth.in verbo mutuo*; Ciuile mutuum esse, aiunt, quod per simplicem oris confessionem contrahitur, puta, cùm dicatur talis confessus fuit, se recepisse, & habuisse cẽtum pro mutuo, & quod talis contrahendi modus sit in communi stylo, & vsu, de quo iura loquuntur in literarum obligatione, *l.1. & 3.C.de non numer.pecun.§.1. instit.de lit. obligat.* & sic confunditur hæc tertia species cùm illa, de qua in chirografo secundum *de Ferr.loco cit.*

71 Naturale mutuum, in quo tamèn cooperatur iuris ciuilis fictio, quando per iuris fictionem quippiam mutuo datur, quod fit de meo tuum: proindè, ac si naturalitèr mutuum fuerit, vt in casibus *d.l.sing.& l.regest.ff. de reb. credit.* & hanc distinctionem probat etiam post *Thes.Mantica d.lib.8.tit.2.*

72 Qua distinctione adhibita; statuunt Doctores, & signantèr *Piccardus loco cit. sub num. 91. vers. ego, reiecta*, quod saltim ad maiorem docendi methodum inuentis contrahitur eo casu obligatio ex mutuo, quia creditur, numerationem præcessisse, iuxtà confessionem creditoris,

ris, adeo vt neceſſarius non ſit biennij lapſus, vt contra *Bart. & alios in d.§.appellata* defendit *Coſta in l.ſi ex cautione, fallent.4. C.de non num.pecun. declarat.4.* quia expectatio biennij expetitur à *Iuſtiniano in verſ.planè de liter.obligat.*ibi, *ſic, & hodie fit, vt dùm quæri non poteſt ſcriptura obligetur*, quia his verbis non ſignificatur creditorem ante biennium exceptionem non habere, ſed illud poſt biennium non admitti contra eam exceptionem non numeratæ pecuniæ, quę cum intrà biennium admittetur efficiebat, vt intrà illud videretur obligatus debitor *arg. l.ſi dare in fine, ff. de verb. obligat.* nec magis obſtat *l.* 1. *C. de non num.pecun.*ibi, *fruſtra*, quæ verba oſtendunt ſcripturam non habere effectum obligationis etiam ciuilis *arg. l.pen.* §.*ad crimen*, cùm ibi *à Bartolo* notatis, *ff.de public.Iudic.* reſpondit enim *Piccardus* verbum, *fruſtra*, ad effectum referri, quo attento, eliditur per exceptionem obligatio aliàs efficax, vt exponit *Accur.*ibi, *& in l.ſi Titius, ff.de fideiuſſ.* concludens *Piccard.* ſic ſolui quartum argumentum.

73 Veruntamèn, iudicio meo, adhùc (ni fallor) nec ſolutum, nec explicatum apparet tale quartum argumentum, probo in primis, negando pluralitatem mutui: cùm illud vnicum eſſe probemus re duntaxàt contractum ad ſæpè ſæpiùs alleg. *l.2. ff.de reb. credit.* & *ſi cert. petat.* ex quo cæteræ ſpecialitates ſortiuntur naturam mutui, cui adijciuntur, & ſignātèr ſtipulatio, vt hactenùs probauimus *tit.* 1. *cap.* 4. vbi magnopere adnotauimus ſtipulationem ſortiri naturam contractus, cui adijcitur, & in hoc decipiuntur interpretes tenentes non poſſe agi ex mutuo, ſed bene ex ſtipulatu, quotieſcumq; præcedit, vel ſubſequitur ſtipulatio, quoniam rem per hoc, quod fit apodixa, vel chirographum ad probandum mutuum, ergo eſt literarum obligatio, & conſequentèr alia ſpecies mutui: nêpè ciuilis, quia chirographum non eſt contractus, nec contractum in eo côtentum alterare poteſt, cùm illud ſit mera ſcriptura confecta ad futuram mutui probationē, quod talitèr fit cū chirographo, & ſine eo, vel cum confeſſione, vel cùm reali rei traditione: cùm per chirographum, nec mutuum, nec ſtipulatio contrahatur, ſed per chirographum probatur duntaxàt mutuum fuiſſe contractum, & ſtipulationem interueniſſe *agr. l.Publia* §.1. *ff.depoſiti*, non minùs, ac ſi de depoſito publicum inſtrumentum à Notario cōſcriptum eſſet, vel apud acta fuiſſet facta obligatio, quibus in caſibus dubitari minùs poteſt, quia etiam ſi nulla ſtipulationis mentio inſerta proponeretur: promiſſor tamèn ex eodem inſtrumento tanquam ex ſtipulatione probata conueniri poſſet. Quod vtrum quis per publicam ſcripturam ſe obliget, an per priuatam intereſt, quod ad ius ipſū obligationis, & ad animum ſe obligandi diſcrimen eſt: Nullum prorsùs, niſi quod publica ſcriptura paratiorem viā præbeat ad agendum, quàm priuata, & ſic vt diximus apparet pragmaticorum non leuis error in aſſignando pluralitatem mutui, quia ſi alitèr eſt, non eſt mutuum, nequè quando chirographum, abſente creditore, cōſcriptum ſit, nèc probatur numeratio pecuniæ chirographariæ, tùnc dubio procul non eſt mutuum, nec mutui ſpecies, quia tùnc nulla mutui actio competit, ſed ea duntaxàt, quā condictionem ex chirographo appellāt, quæ ſucceſſit in loco obligationis literarum, quandoquidem ſtipulatio intèr abſentes contracta videri non poteſt, §.1. *inſtit.de lit.oblig. l.cùm figura, ff. de oblig.& act.*

74 Itaque in præpoſita dicti argumenti quarti interpretatione, ſiuè ſolutione, ſicuti confunduntur interpretes in aſſignando pluralitatem mutui; ſic etiam aberraſſe *Piccardus* reſpondendo dicto argumento ex facultate ſibi impartita pluralitatis eiuſmodi mutui: vndè cùm in *d.l. in contractibus, C.de non numer.pec.* non agatur de chirographo, abſente creditore, ſcripto, ſed de contractu, in quo debitum conſcribitur, duntaxàt, vt probatur *in d.l.* ibi, *in contractibus, in quibus pecuniæ, vel aliæ res numeratæ, vel datæ eſſe conſcribuntur*, nota verbum, *cōſcribuntur*, quod eſt præſentis temporis, & refertur ad res, quæ numero, pondere, & menſura conſiſtunt, vt notat *gl. ibi in verbo, aliæ res*, ergo eſt mutuum, non literarum obligatio, de qua nulla mentio

per

Digitized by Google

etiam distinctione priùs fuisse quæsitū: nàm cum in hac causa celeritate coniūgendarum intèr se actionum eodem numero temporis, mihi, & futuro debitori dominium quæratur, mutuum consistere non poterit; ideò fictione breuis manus efficitur, vt intelligamus distinctionem temporis, priùs mihi fuisse quæsitum dominium, & mutuum posfit consistere, atqui sic intelligenda sunt verba *d.l.singularia*, ibi, *obligaris mihi, quamuis nummos meos non acceperis nūmos*, meos non fuisse temporis distinctione, quamuis re vera, iuris intellectu nūmos meos acceperit, & sic hæc interpretatio est eadem per idem, de qua in præcedenti: cùm inibi etiam per iuris intellectum fuit explicatus dictus *text. in d. l. singularia.*

Maiorem vim facere in *d.text.* verbū, *quod igitur*, in *d.l. singularia*, fatetur *Piccardus sub n.* 101. *in verſ. restat explicatio*: cùm doceat *Vlpianus*, quod si debitorem meum iussero pecuniam quam mihi debet ex causa mandati retinere crediti nomine, mutuum contrahitur, quo casu, cùm pecunia nunquàm mea fuerit, mihi dumtaxàt debita mutuum contrahi non poterat, & probatur per *Vlpianum* suam sententia duabus potissimum rationibus, altera in duabus personis receptam in vna eademque, multo magis recipiēdum esse: vndè quemadmodùm credita pecunia fit, si debitorem meum iussero tibi pecuniam dare, creditum quoque fiet, si pecuniam à te mihi debitam ex causa mandati iusserim crediti nomine retinere, sequens est, quod si pecuniam apud te depositam, conuenerit, vt creditam habens, credita fiet, *d.l.certi condictio, §.fin.ff.si cert.petat.* ergo si pecuniam, quam mihi debeas ex causa mandati conuenerit, vt creditam habeas, credita fiet. Concludit propterea *Vlpianus* fictione breuis manus pecuniam mihi datam videri, & à me ad te profectam, *l.licèt, §.quoties, ff.de iure dot.* & celeritate intèr se coniungendarum actionum, vnam actionem occultari, *l.3. §.sed, & si debitorem, ff.de donat. intèr vir. & vxor.* quibus *Vlpiani* argumentis magnopere nostra redditur difficilis conclusio (subdit *Piccardus.*)

78 Et proindè, vt ei satisfaciat *Piccardus* pugnat aduersùs *Vlpianum* cùm telo *Africani* sententiæ desumptæ *in l.qui negotia, ff.mandati*, *Africanus* enim voluit, quod si procurator meus per epistolam mihi significauerit pecuniam meo nomine à debitoribus meis exegisse, & eā sibi creditam retinuisse, seque debitorem cùm vsuris semissibus nuda, & simplici pactione ex causa mandati pecuniam mihi debitam non committi in causam crediti, quam sententiam duobus similitèr instantijs confirmatur.

Prima, mutuum tùnc certè contrahitur, quando de meo fit tuum: vndè cùm illa pecunia mea non fuerit, nèc à me ad debitorem profecta credita non erit, ex quo mutuum contractus est, qui datione celebratur, re ipsa, & numeratione, nuda autem pactione dominium transferri non potest, *l. traditionibus, C. de pact.* & indè nèc nuda pactione pecunia debita ex causa mandati poterat cōuerti in causam mutui, & hoc est, quod *Africanus* significat *in d.l. qui negotia, verſ.alioqui.*

80 Secunda, quia si quis alteri pecuniam mutuo dare vellet, ei argentum credendum dedisset, pecunia ex argento vendito credita non fieret, sed præscriptis verbis actio competeret, *l.rogasti, ff. de præscript.verb.* Vndè pari ratione in hac specie pecunia credita non erit, sed debita ex causa mandati, & hoc est, quod affirmat *Africanus in verſ.argumentum esse.*

81 Communis interpretatio traditur, quod in *d.l. singularia*, pecunia præsens fuit, ideò facillimè conuerti poterat in causam mutui, sed *d.l. si negotia* non ità, & ideò transfusioni locum non fuisse.

82 Hæc communis interpretatio nulli ex supradictis legibus conuenit, quia si pecunia fuisset præsens, sine illa fictione mutuum contractum fuisset *arg. text. in l.1.§.si si iusserim, ff.de acq.possess.*

83 Qua spreta dicunt alij *in d. l. singularia*, pecuniam solutioni paratam, & destinatam esse, & ideò facilem conuerti in causam crediti arg. *text. in l.si sponsa ib. §.1.ff.de iure dot.* & *in d.l.qui negotia*, pecuniam consumptam fuisse, ideoque ceù talem non posse in causam mutui conuerti,

uerti, quam interpretationem approbauit *gl.in d.l.singularia*, verbo *profecta*, inibique per communitèr Doct.

84 Hæc enim suprapofita solutio expreßè reicitur à lectura amborum iurium primo *ex d.l.qui negotia*,ibi,*certam summam ex administratione apud se esse*, ex quibus verbis constat, ibi,*pecuniam extare, esseque solutioni paratam*. Secundo quoniam *Africanus* inibi non considerat,an pecunia extet,vel consumpta sit,sed solùm ea ratione fundatur, quod nuda pactione pecunia credita fieri nō potest,vt constat ex versiculo *alioqui*,esſetque aliam rationem adduci ex ceruice interpretantium, quando expressa fuit assignata *à I.C.* qui mouetur ad sic in textu decidendum, non quia pecunia extet, vel consumpta sit, sed quia nuda pactione in creditum iri non potest.

85 Tali etiam solutione reiecta,putarunt alij, procedendum ad iurium antynomiam conciliandam cùm distinctione, vt scilicèt Procurator suo exigat nomine virtute mandati,an nomine Domini, quasi Domino acquisiturus: nàm priori casu,quod exigit sibi acquirit: posteriori vero casu Domino suo, *l.res ex mandato, l.si Procurator, ff. de acq. rer.domin. l.qui mihi donatum,ff.de donat.* ac proinde *Africanus* loquitur in vltimo casu, *Vlpianus* verò in primo; nàm si Procurator tibi acquirit nuda pactione,acquisitum non poterit in creditum conuerti. In secundo verò casu tanquam pecuniā Domino acquisitam in eius creditum conuertere potest,ibi, *quia tùnc nummi, qui mei erant, tui sunt.*

86 Fallitur toto cœlo, hæc itidem,interpretatio, licèt acutà, & à quampluribus expleta,quia facillimè conuincitur.Primo per *text.in d.l.singularia*,ibi, *pecuniā mihi debeas*,ex quibus verbis constat sūmam illam Domino deberi,quæ deberi non posset si sua esset, *§.sic itaque discretis instit.de act. & l.fin. ff.de vsufr.quemad amitt.* & nota est sui, & debiti differentia,ex qua conciliandi sunt alij,*text. in l.si pene,§.1. & in l.repetitio, ff.de condict.indeb.*quæ iura similitèr ad inuicem pugnantur, & etiam conciliari debent, *text.in l.1.§.si rem, ff.depositi, & l.venditor,§.non enim,ff.de hared.vel act.vendit.*

87 Secundo conuincitur supra mox posita interpretatio,quia si pecunia Domini facta fuisset *in d.l. singularia*, sine vlla fictione breuis manus mutuū contraheretur ex regula *tex.in d.l.certi condictio, §.fin.ff.si cert.petat.* & tamen fictionem breuis manus ibi interuenisse indicant illa verba, *videatur mihi data pecunia*: Nàm magis probandæ sunt quinq; aliæ interpretationes relatæ *à Iasone in d. l. qui negotia n.41.ab Alciato in d.l.singularia n.62.Francisco Connani lib.7. comment. cap.1.n.191.* quam conuincit *Suarez. lib. 1.obseruat. cap.4. & Ioann. Corasij lib. 6. Miscell.cap.16.*& de qua apud *Castaldum aduers.pandect.in d.l.singularia.*

88 Et post hæc testatur *Picardus*,doctissimos præceptores suos talia iura sic conciliasse,vt constituatur sola pactione pecuniam debitam ex causa mandati, conuerti posse in causam crediti, iuxtà *text.in d.l.singularia*, quia licèt sine traditione naturale mutuum nō contrahatur, cōtrahitur tamèn ciuile,quia fictione breuis manus agitur mihi data pecunia,& à me ad debitorem profecta,neq; obstat *text.in d.l.qui negotia*, subdit *Picardus*, in eo enim non interuenit conuentio; sed sola adscriptio certæ pecuniæ debitæ facta, iuxtà formam *text. in l.quoties,§.non tamen,ff.de administr.tut. & epist.* Procuratoris, qua id factum Domino significauit, ex quibus mutuū contrahi non poterat: cùm contractus fit, qui duorum consensu celebratur, & hæc solum interuenisse *in d. l. qui negotia*,indicant verba illa, *eamque creditam sibi*. Nàm cùm sibi creditam non esset à Domino, fatendum est Procuratorem sibi nomine Domini credidisse, ideòq; rectè respondet *Africanus*, pecuniam creditam non esse,nec obstat,quod cùm Dominus contrarium non potest: consentire videtur *l.fil.iussam.ff.ad Maced.*& ità pactum videtur interuenisse: nàm licèt Dominus consentiat non tamē videtur pecuniam creditam esse,sed consensit adscriptioni creditæ pecuniæ, quod diuersum genus negotij est, ex quo competit pristina actio mandati, qua actione vsuras, quas promisit Procurator præstare tenetur: Nàm si conuenerit intèr deponentem, & depositarium,

rium, vt depositarius nummis positis vtatur, pecunia credita erit. *l. 1. §. si pecunia, ff. depositi, l. certi conditio, §. deponi, ff. si cert. petat.* tamen si is propria authoritate pecuniam creditam accipiat, & nummis vtatur, idque notum epistola Domino fecerit: licèt Dominus consentiat, ideò credita non erit; sed debita iudicio depositi, *l. Publia Menia 26. §. Lucius, l. quintus Cecilius, §. si ex promissa, ff. depositi*, neque obstat *text. in d. l. qui negotia vers. aliqui*: nàm respondēdum est *I.C.* ità argumentari, pecuniam creditam non fuisse, quia non interuenit conuentio, sed sola adscriptio creditæ pecuniæ: nàm aliàs credita pecunia esset, *quia alioqui*, idest conuentione interueniente, dicendum est ex omni contractu pactione etiam nuda, & simplici pecuniam creditam fieri posse, & ex ijs soluit quintum argumentum *Piccardus*.

89 Nos enim, qui vnum dumtaxàt mutuum assignamus naturale scilicèt, omninò *Piccardi* relatam interpretationem negamus: nàm quod dicit in primo *legis singularia*, disuinculo, nempè, quod saltim contrahatur ciuile mutuum, est ab omni veritate alienum, tùm quia ciuile mutuum non datur: cùm quicquid fit realitate contrahatur, cùm etiam, quia in *d. l. singularia Vlpianus* nequidem somniauit de tali ciuili mutuo, & nulla prorsùs difficultas apparet in *d. l. singularia*, quominùs de naturali mutuo non disponat, fuit bene verum ibi pro singulari habitum, ibi, *singularia quadam praecepta sunt circa pecuniam creditam*, & sic non est inquirendum cur ità singularizauerit *I.C.* vt statuit *Paulus in l. ius singulare 16. ff. de legib.* vbi *Paulus* dicit singulare esse, quod contrà tenorem rationis propter aliquam vtilitatem authoritate constituentium introductū est, & quod vtilitas *in d. l. singularia* sit maxima, ex eo apparet, quia eximitur mutuum ab exactione debitoris sui delegando eius creditum mutuatario, ex eo, quia magis expedit exigendum soluere, quam exactū, & in crumena repositum exbursare. non inficit hoc mutuatario, quia eandem exactionem in pecunia sibi credita facilem sperare poterat à debitore mutuantis, prout ab eodem mutuante, & hac in parte nullam patitur difficultatem *text.* cùm fundetur in Iure singulari absolutus à regula, æquitate suadente, vt *in d. l. qui negotia vers. item, quod si a debitore meo*: nec dicetur, quod fit mutuum ciuile à iure ciuili approbatum in illa singularitate, quia quemadmodùm ius ciuile potuerat statuere, quod mutuum fit, ex quo de meo fit tuum in dando ei formam; sic etiam poterat declarare, vt etiam si de meo non fiat tuum fit mutuum, nèc ei obijciendum, cur ità facis? & si dicere faciat, vt probatur in *l. nō omniū, 19 1. ff. de legib.* quod non est in rebus, & negotijs, in quibus per cōtrahentes eorū natura immutari non potest, vt singularitèr illum textum extollit *Petrus Castaldus, aduers. pand. ex lib. 1. tit. de legib. ta d. l. nō est nouum*, ibi, *Itaque sapissimè Paulum à Labeone, & alios intèr se dissentientes impetimus, huius autem an alterus sētentia aequior sit, non admodùm notum est; sed satis est, hanc in Pandectas relatam esse, vt secundùm eam iudicetur. Hec enim intèr homines res afferat, vt in iudicando quid sequemur habeamus, quamquam id, quod sequimur altero non sit aequabilius, sed in rebus, & in negotijs aliquid certi diffiniendum est*; ecce quomodo interpretanda sunt iura, quæ aliquid certè diffiniunt, vt in *d. l. singularia*, quæ ad cæteros casus tanquam singularis non extenditur, ne fiat regula *l. quod vero cōtrà ff. de legib.* & *Piccardi* solutio in hac prima parte legis est omninò à claritate *text.* extranea, quia in textu patet, nullo in tempore nummos fuisse mutuatoris; sed in omni tempore suos non fuisse, ibi, *Quamuis nummos meos non acceperis*, nota verbū *non acceperis*, quod significat tempus, in quo fit solutio, & est propriè imaginarium *Piccardi*, in quo dicit, fingi breuis manus recipere mutuatariam pecuniam in mutuante: cùm verè per textum designatur hoc idem tempus solutionis realitèr faciendæ per debitorem delegatum, per futurum subiunctiui, per quod tempus aliud futurum considerari non potest, in quo possit fieri illa imaginaria solutio, vel dominij translatio per *Piccardum* somniata: ex quo cessat illa præsentia debitoris

toris, & creditoris, quam volunt aliqui vt intercedat ad implendam dictam breuis manus fictionem, vt patet apud *Antoninum de Amato var. resolut. lib. 2. resolut. 61. sub num. 36.*

90 Deueniamus ad secundam *Piccardi* iutium intèr *Africanum*, & *Vlpianum* pugnantium antynomiæ conciliationem (agimus cùm viro in explicandis iuribus doctissimo) in dicta secunda parte, dicimus nos, *textum in d. l. singularia* in versiculo, *quod igitur*, ideò mutuum contractum est per procuratorem in pecunia ab eo exacta, quia pecunia illa Domino erat exacta, debebat bene verùm condici à Procuratore per Dominum actione mandati, quando renuens Procurator Domino restituere recusasset, vt sæpè sæpiùs probauimus *in præcedenti cap.* & ideò donèc pecunia illa Domino exacta non fuerit, ei per Procuratorem soluta, in posse Procuratoris sinè dubio semper esse videtur, accessit, pecunia existente penès Procuratorem, conuentio vtriusque contrahentium, mandantis, scilicèt, & mandatarij, vt in eodem textu in verbo *conuenit*, quod intèr plures non in solo vno practicatur propter dictionem *con*, idest *simùl* pluralitatem, & non singularitatem indicās vt patet apud grammaticos, nos pluries supra diximus, ideo stante dicta conuentione, reale mutuum proculdubio fuit contractum intèr Dominum, & Procuratorem, ex illa breuis manus fictione, & rectè, quia aderat omne tempus habile ad inducendam fictionem illam, quod quidem tempus esse non poterat in prima parte textus, in textu verò, *qui negotia*, nullum prorsùs mutuum considerari poterat, quia, aut Dominus post habitam literam à suo Procuratore non consenserit, & ex eius dissensu nullus contractus inter vtrumque initus fuit, quia omnis contractus habet pro sua essentia voluntatem, & consensum, *l. obligationum substantia ff. de oblig. & act. l. consensu cod. tit. & tot. tit. instit. de oblig. quæ ex consensu*, & sic nullo accedente contractu, remanet pecunia illa exacta penès Procuratorem, non loco depositi, sed bene eodem cùm principio mandati, cùm quo fuit Domino exacta: aut post habitam notitiam per epistolā, Dominus de tali intentione sui Procuratoris cōsenserit, & tùnc licèt non fuerit mutuum, fuit bene literarum obligatio, quæ in eo dumtaxàt casu contrahitur, quando scilicèt absente creditore, inscribitur creditum, vt supra probauimus. Patet absentia in casu *Africani*, quia missæ fuerunt literæ, quod non est in *d. l. singularia ver. quod igitur*, quia inibi ambæ partes fuerunt præsentes, quod patet in fictione illa breuis manus, ibi, *videtur mihi data pecunia, & à me ad te profecta*, vt in simili notat *D. Reg. Rouit. decis. 35. sub n. 9. Reg. de Ponte cons. 70. n. 2. vol. 2.* quę fictio cùm celeritatem exponat; nisi in præsentia fieri non potest, quia alias lex fingeret super impossibili *Amat. d. resolut. 61. sub n. 36.* eo magis, quia manuum operatio vnionem requirit, iuxtà illud vulgatum adagium, *manus manum lauat*, & quod debeantur vsuræ non est nouum, quemadmodùm falsa sit opinio illa, quod ad hoc vt eæ præstentur requiratur stipulatio: cùm sufficiat nudum chirographum, & literarum obligatio, *Ant. Fab. de err. pragm. decade 1. err. 2.*

Sextum argumentum adhùc vim facere non desistit, quando dictum fuerat, mutuum consistere posse intèr fratres, vt *in d. l. frater à fratre, ff. de condit. indeb.* & tamèn pecunia non est fratris, mutuantis, sed Patris, & consequentèr dici non poterat, quod de meo fiat tuū.

91 Certum enim est, filiumfamilias ex omnibus causis tanquam Patrem familias rectè posse obligari ciuilitèr, & naturalitèr, *l. tàm ex contractibus, ff. de iudicijs, l. filiusfamil. ff. de oblig. & act. l. vel soluturum de peculio l. 3. §. sed vtrum, ff. de in. l. quis cùm filio, & l. seq. ff. de pecul.* vel effectus sui iuris *l. ait Prætor, l. si filius non concordant. ff. quod cùm eo Afflict. decis. 308. n. 3. Ant. Gom. var. resolut. lib. 2. cap. 1. n. 2. ex cap. 15. n. 11. & seq. D. Merlin. contr. forens. cent. 2. cap. 99. num. 17.*

92 Prætèr quàm ex mutuo, & voto, ex mutuo, & si de iure ciuili obligabatur, *l. quia naturalis, l. creditor, ff. ad Maced.* perpetua tamèn exceptione tuebatur, *l. 1. & per tot tit. ff. & C. eod. §. infrà instit. quod cum eo Ant. Gomes d. lib. 2. var. cap. 6. num. 2.*

num.2.Pascal. de virib.patr. potest.par.1. cap.6.sub num.2. de iure verò Regni per *Pragm.* quæ incipit *per excellentem sub tit.ad Maced.* prouisum fuit omnes contractus cuiusque generis fiunt à filijs familias sine præsentia,& consensu Patris, esse nullos,etiam si falso afferant filij familias esse sui iuris,seù viuere seorsum à Patre, & non puniuntur de periurio, vel de falso, vt cautum extat in alia *Regia Pragmatica 64.§.9.sub tit.de offic.procur.Cæsar.* & ex particulari priuilegio concesso ad supplicationem fidelissimæ Ciuitatis Neapolis, fuit specificè ordinatum,quod in obligationibus filiorum familias nullo modo Notarij apponant clausulam, quā dicunt seorsum à Patre, & si secus fiet sine consensu, & præsentia Patris obligationes sint nullæ, vt patet in *cap. 10. inter gratias concessas per Ducem Ossunainsertas in volumine Capitulorum, & Priuilegiorum Ciuitatis Neapolis.* Vide *Douad. de renunc. cap. 9. num. 209. & seq.vol.1.*

93 Ex voto,quo filiùs familias nō obligatur *l. 2. §. voto, ff.de pollicit.* quia aliquas fortunas non habēs filius familias ad implendum votum, voto teneri, nisi patris consensu vouisset, non poterat; ideoque *in d.l.frater à fratre* duo mutui extrema deficiunt dantis scilicèt, & accipientis,dantis, quia dat quod non habet,recipientis, quia quod accipit non fit suum; sed Patris communis, & propterea tale mutuum inter eos nullatenùs consistere potest.

94 *Accursius* inibi existimat pecuniam Patris consensu mutuatum fuisse, vel ipso posteà ratum habente, quā ratihabitione mutuum, quod à principio non valuit,conualidatur *l.si absentis,C.si cert. petat.*quam diuinationem confutant cōmuniter interpretes, *ex Soccino ibi num. 4.not.4.*

95 Communem interpretationem esse aiunt, quod licèt mutuum à principio non extitisset, quia alieni nummi erant, consumptiōne tamen pecuniæ fuisse posteà conciliatum, vt *in l.si à furioso 12. l.nàm,& si fur, l.non omnis, §.1. ff.si cert. petat.l.Paterfilia.ff.de iure dot.l.si quis pro eo,§.si nummos, ff.de fideiuss.*

96 Hanc communem interpretationem impugnat *Piccardus loco cit.sub nu. 124.* & tanquam diuinationem respuit, & contemnit,ex eò magis, quia *in d.l.frater à fratre* consumptam fuisse pecuniā non apparet, tum etiam, quia quicquid interpretum vulgus existimat;longè veriùs est mutuùm, quod quidem ab initio sola numeratione contractum non fuit,consumptione noh conualidari,dicit *Piccardus.*

97 Quare existimat ipse *in d. l.frater à fratre* pecuniam mutuam à fratre fratri datam peculij profectitij fuisse, quamuis peculium profectitium Patris sit *l.3.§.vtrum, ff.de minoribus,* dùm Pater eius liberam administrationem filio permittit,filij esse putatur,& qui cùm filio contrahit vniuersum peculium eius, quasi liberi hominis patrimonium intuetur,arg.*l.hinc quæritur vers.cùm enim l.si ex duobus, §.nàm qui cùm seruo, ff.de peculio,* filiusque rectè potuerit alienare, & dominium transferre.

98 Nèc obstat (subdit *Piccardus*) quod ab *Africano*,ibi, *in d.l.frater à fratre:*huius peculij fratris creditoris nomine nō fiat; sed vnius dumtaxàt, illius scilicèt, quod frater debitor habebat, in quo omnes consentiunt, & ideò eiusmodi opinio stare non potest,quoniam respōdet ille, ex illo textu duplex peculium fuisse constans ex necessitate disponendi: cùm aliàs mutuum consistere non posset, ac etiam, quia apertè insinuat *Africanus*,ibi, *peculio suo*,puta dictionem *suo,I.C.*vtique non adderet; nisi,vt ostēderet, vtrumque fratrem peculium habuisse, de eo tamen ipsum loqui, quod frater debitor administrauerat, & cuius partis obuentione, naturalis obligatio extinguebatur, quippè si vnicum fuisset peculium si dixisset *Africanus, peculium suum,* sat enim esset dicere, *si non minus de peculio,* vt enim ostenderet, cuius peculij partem frater creditor consequi debuerit, addidit *suo,* quod iuxtà rationem recti sermonis de peculio fratris debitoris intelligendum est, quam obseruationem verissimam profitetur, & ante se neminem fecisse, gloriatur acutus *Piccardus*,substinens hunc suum germanum intellectum *sub n. 129.* ex relatione, quæ fieri non debet Iurisconsultorum

torum præsentis sæculi, qui sequuti *Iacobum Cuiacium* sub nomine *Lescury* in suo *Africano* statim in principio affirmāte audent, quod & si frater creditor peculium profectitium nō haberet, adhùc mutuum consistere potuisset intèr eum, & fratrem debitorem, quod ipsi singulari quadam excogitata ratione sic defendunt.

99 Quod si extraneus donaret fratri, ex conditione, vt fratri crederet, fraterque ille credidisset, intèr eos mutuum contraheretur, nèc obstare, quòd cùm primum ex causa donationis tradita fuit pecunia, filio protinùs fuit Patri acquisita, & ità non ampliùs à filio alienari poterit ex causa crediti: nàm cùm ea lege donatur, fingitur à donatore ad futurum debitorem profecta, iuxtà *text. in l.sed, & si ab alio, ff.ad Maced.*

100 *Nèc dicant alij* (cedunt ipsi) & sunt verba Piccardi) *secundum hanc fictionem intèr dantem, & alterum fratrem mutuū contrahi, quia cùm nomine alteriùs fratris creditum fiat, & si donator ipse numeraret intèr ipsos fratres mutuum contraheretur, arg. text. l. certi condictio, §. si nummos, ff. si cert petat.*

101 *Addunt prætereà rursùs extrà causam peculij profectitij potuisse intèr eos mutuū contrahi, si extraneus nummos suos fratris creditoris nomine dares, vel voluntate sua, vel absente eo, & ignorante ex d. §. si nummos, ex quibus concludunt dictam legem frater à fratre intelligi posse eo casu, quo solus frater debitor peculium haberet, at frater creditor peculio careret, quod verissimum esse eximant, eo, quod cùm interpretum turba vnius tantum peculij in d. l. frater à fratre mentionem fieri putarunt.*

Verum hanc Lescury, & sequacium interpretationem falsam esse omnibus notam dicit Piccardus (*suis verbis referam ne erremus in intentione scribendi, si alitèr dixerimus*) *sub num.* 130. *ex pluribus idprobat. Primo, quia vt ipse paulò antè dixerat duplicis peculij mentionem in d. l. frater à fratre longè verius est. Secundo, quia mutuum non ab extraneo, sed à fratre, & acceptum, & factum fuisse satis probat Africanus, ibi,* Frater à fratre pecuniam mutuatus. *Tertio, quia quoties ab extraneo nomine meo mutuum fit, vel ab extraneo pecunia mihi datūr eā lege, vt eam fratri meo mutuandam, conditio mutui mihi acquiri non potest, nèc fratrem mihi teneri certum est d. §. si nummos, & d. §. si ab alio: nisi proptèr singularia mutui præcepta, quibus fingitur pecuniam ab extraneo mihi datam, & à me ad fratrem meum profectam d. l. singularia, atquè sic, cùm aliquando, licèt in primo instanti fictione iuris in potestate mea fuerit pecunia confestim Patri meo acquisita fuit ex d. l. placèt, ff. de acq. hæred. & sic mutuum nullatenùs celebrari potuit: cùm non possit aliquod considerari tempus intèr solutionem pecunia filio factam, & acquisitionem eiusdem Patri.*

102 *Nèc text. in d. §. si ab alio obstat (concludit* Piccardus) *nàm vt cōstat aliena quippè illa species à nostra est, siquidem, ibi, ex*traneus filius familias donauit, vt creditori solueret, & ità vt se ab obligatione liberaret: *Vndè, quod Patri acquiratur non habemus, at si donasset vt debitori credidisset, statim obligatio Patri acquireretur, vt in d. §. si nummos, atque ità relinquitur in d. l. frater à fratre, quia vterq; frater peculium profectitium habebat ideò mutuum extitisset, & istis medijs soluit dictorum sensuum argumentum Piccardus.*

103 Non negamus *Piccardi* explicationē *in d. l. Frater à Fratre* famosā, dignamq; ingenio suo non esse, prout conuenit huic textui re, & fama difficillimo vt summat *Bart.* inibi, verùm sicuti interpretationes aliorum extraneæ prorsùs à legis lectura reputantur, sic *Piccardi* apud me nullius signi esse creditur.

104 Ratio, quæ me mouet, ad impugnandum *Piccardi* à se relatum germanum text. intellectum, ea præcipua est, quia si de peculio alienabili vtriusque fratris in textu illo intelligeretur, non vtique in eodem textu succederent duæ aliæ inestrigabiles quæstiones: vna vtrùm, mortuo patre, in cuius potestate erant contrahentes, pecunia soluta repeti posset, respondens *Africanus*, vtique pro ea parte, qua ipse hæres Patris extitisset repetit debitor, ergo si repetit, pecunia Patris erat, & non filij, quia si proprium filij peculium fuisset, nulla repetitio ab altero fratre debitore fieri posset. Altera est, quia frater debitor non tantum

repe-

repetit ab altero fratre creditore medietatem mutui sibi soluti, sed etiã medietatem medietatis, quatenùs ex peculio suo ad alterum fratrem creditorem peruenisset, vt patet in dicto text., ibi, *pro ea verò, qua frater hæres extitisset*, ità repetiturum si non minùs ex peculio suo ad fratrem peruenisset, & sic in diuisione hæreditatis paternæ maius commodum esset fratris debitoris, quàm fratris creditoris, quia frater debitor repetit medietatem sui debiti à fratre venditore, & alteram partem sui peculij quatenùs ad alterum fratrem creditorẽ peruenerit, & sic etiam attento gloſę intellectu nullatenùs hoc practicari poterat, quando, secundum *Piccardum* omnes fratres haberent peculium suum, quia licèt ratione collationis in diuisione hæreditatis paternæ hoc contingere posset, tamèn cùm tali modo, quia collationes per fratres diuidentes debeant fieri vniformitèr, & sic facta collatione vtriusque peculij à *Piccardo* excogitati, fiet paritèr æqualis diuisio intèr fratres, qua facta medietas tantùm debiti repeti potest à fratre debitore tanquam sibi quæsita in collatione non verò aliud pluris, quatenùs ex suo peculio ad alterum fratrem peruenerit, quemadmodũ illud magis iam intus habet frater debitor ex diuisione facta cùm altero fratre, collatis hinc inde peculijs aliàs esset frater creditor in damno, quando ex sua parte, in qua iam collatum est creditum suum ab altero fratre debitum perciperet non tanti minoris ratione medietatis dicti sui crediti collati, sed quod magis sui debiti soluti, quatenùs ex suo peculio ad alterum fratrem peruenerit, & proindè videndum si sic de facili *Piccardi* solutio applaudi possit.

105 Responderet *Piccardus* apud me, rem actum fuisse de interpretatione, quomodo scilicèt sit facienda diuisio, computatio, & collatio intèr istos fratres, sed vtrum mutuum rectè contractũ sit intèr eos, & quomodo in casu *Africani* id substineri potuisset, & ideò contractum, quia post Patris mortem fieri debet repetitio, & computatio, aliàs nèc computatio, nèc repetitio succedere possent: nisi mutuum contractum non fuisset, & ideò contractum, quia de vtriusque peculio agebatur, vt extrema habilia interuenire potuissent ad mutuum contrahendum, seruata forma sæpè sæpiùs allegatæ *legis 2. ff. de reb. credit. & si cert. petat.*

106 Cæterùm facilis est responsio, quia si frater debitor repetit à fratre creditore sibi soluitur per eum pro ea parte, qua frater hæres extitit, certissimi adminiculi est, vt frater iste mutuans nullum habuisset peculium tempore mutui contracti cùm altero fratre, quia ipse alter frater, quod soluit, repetit non à parte peculij; sed à parte hæreditatis ad fratrem illum peruentæ, ibi, *respondi vtique quidam pro ea parte, qua ipse hæres Patris extitisset, repetiturum*, igitur, si haberet frater peculium, dixisset *Africanus* pro ea parte peculij, quo hæres erit collaturum, prout explicauit, ibi, *pro ea vero qua hæres extitisset repetiturum si non minùs ex peculio suo ad fratrem peruenisset*, & sic *Africanus* præsupposuit, fratrem debitorem habere peculium, de quo meminit non autem fratrẽ creditorem, de quo nullam mentionem fecit, sed de portione hæreditaria dumtaxàt, & ad hunc nostrum sensum non indoctè iuit *Petrus Castaldus aduers pandect. lib. 12. in eadem l. frater à fratre*, qui sic ait.

107 *Caius à fratre Publio mutuam pecuniam accepit, & vterque in eiusdem patris potestatem erat ex hoc mutuo ciuilem obligationem exoriri nemo dixerit* l. cùm Prætor. ff. de Iudic. cap. 10. est de præsumpt. *tùnc quod illa obligatio, quæcumq; est quæ inter fratres contrahitur necessario Patri quæritur*, l. placet, ff. de acquir. hæredit. *& vulgatum est filium Patri, in cuius potestate est, obligari ciuilitèr non posse*, l. actiones, ff. de oblig. & act. l. lis nulla, ff. de iudic. *Reliquum igitur est, vt naturalis oriatur ex illo contractu mutui, quæ quidem vt diximus Patri quæritur: sin autem Patre mortuo, Caius fratri Publio mutuum dissoluit videndum est an repetitio sit, & certè illud incunctabile est, pro ea parte repetitionem Caio mutuum danti accomodari, pro qua hæres est; nàm obligatio ex mutuo illo profecta Patri ex continenti quæsita est*, d. l. placèt, & l. si

quis

quis à Patr.furioso, C. de manum. *& sit in persona filij debitoris Patri succedentis confusione sublata pro ea parte, qua filius successit*, l.debetur, C.de pact.l.stichum, §. aditio, ff. de solut. *& ideoque indebitè illa pars soluta fuit. Verùm pro ea parte qua Publius frater hæres est constat repetitionem non esse: nàm ex naturali obligatione solutum est, ex quo toties soluitur, toties repetitio inhibetur*, l.naturaliter ff. eod. l.naturales, ff. de act.& obligat. *Planè si tantundem ex peculio Caij mutuũ accipientis peruenerit ad fratrem Publiũ, quanta erat pars illa debiti, quæ Publio debebatur propè est, vt Caius repetat, vt hic dicitur, ibi*, pro ea vero, *& rationem habet nàm peculium quidam vniuersale est, & ad quoscumque transeat transire dicitur cum oneribus suis*, arg. text.l. si quis seruum, ff.de peculio, *& quicquid de peculio cepit pro tanto actionem pendit, quàm contrà peculium habuisset. Itaque in diuisione bonorum paternorum intèr fratres veniet, & peculium Caij (Patris enim erat) ex parte dimidia Publio assignabitur. ex qua si tantum habet, quanta est pars mutui quã frater Caius soluit repetitio Caio dabitur: Nec rectè aliquis dixerit partem Peculij Caij iure hæreditario ad Publium peruenisse, & sic quasi illa iure proprio Publij esse, obligationem fratris Caij præstare nisi reuera soluatur, nàm peculio ità sunt annexa onera, vt quocumque deducatur, semper cùm oneribus transeat, vt ex hoc textu euidentèr constat, & post* gl. Zasius *probat hic in solitis, licèt multi refragentur, & huius rei magnum argumentum est, quod si Pater Caio debitori Publij peculiũ prælegasset, posset Publius de dimidia parte, quæ à se legata est debitum subducere: quod peculium oneribus suis inseruiat, vt hic, ibi*, adeout, & hoc in obligatione peculiari specialitèr dicitur, *in cæteris vero obligationibus vix est, vt si tantùm naturales sunt deduci possent*, l. si quid possessor, §.sed & si, ff.de petit. hæredit. l. Meuius in princ.& ibi gl. ff.fam. ærcisc. vbi Bart.& Ias. *si enim naturalia deposita peti non possunt quare compensari: qui enim compensat agere videtur*, l.amplius non peti, ff. rem ratam hab. *Id verò tantum creditori, cui natura debetur permittitur, vt naturale debitum retineat si solutum est*, l.naturales, ff.de oblig.& act. *& inter diuidendum rationem eius haberi iniustè desiderabit, vt dixi, & quod debitum Caij sit onus peculij sui iterum Iurisconsultus probat*, idq; maximè, nàm si Caius quid de peculio suo quid debuisset extraneo, & soluisset post mortem Patris partem debiti soluti in diuisione facienda seruabit à Publio fratre familiæ erciscundæ iudicio: cùm ad eam pars peculij deuenerit, *sed, & illã* additur in vers. *igitur, et si*, in diuisione facienda peculij quoad Caium spectabat, *ità rem expediri debere vt Caio præstetur cautio de identitate à fratre Publio, qua scilicèt Publius repromittat se seruaturum fratrem Caium indemnem, si forte à creditore peculij sui conueniatur insolidum: nàm catenus contrahens cùm filio familias obligat sibi filium insolidum, Patrem verò de peculio tantùm*, l.si quis cùm filio, ff. de peculio, *ex quo euenire posset, vt mortuo Patre, solus ille filius, qui contractum init conueniri possit insolidum, & sic iustè sibi caueri postulet, sin autem hæreditario nomine Patris conueniretur pro parte tantùm qua fuit hæres iudicium suscipere cogetur ex vulg.regul.* l.cùm à Matre, C.de reiu:ndic. l. 1. ff. si cert. petat. *Doctores communitèr hic, cui sententia consequtus est, quod hic omnes scribunt, si ex pluribus hæredibus, vel socijs vnus pro societate insolidum obligatus est, non posse in diuisione facienda postulare, vt debitum illud sibi re vera soluatur, sed satis erit si cæteri de indemnitate repromittant per hunc* text.& l.certum, C.fam. ercisc. omne cũ seq. ff.pro socio, *si tamen is soluisset, vel esset condemnatus rectè intentet, vt sibi soluatur* d.l.certum, & l.fideiuss. *Idem esset, si obligatus esset per scripturã, ex qua executio parata sit, quod rationem habeat, & Baldus probat* in d. l. certum, & in l. si pro ea, C.mandati, *Bart.* in l.fideiuss.in l.si quis mandata, ff.de negot.gest. *si ergo (vt ad text. reddeam) Publius cauere debet Caio fratri, & cohæredi de indemnitate aduersus extraneum creditorem, certè, & hoc iustius admittemus, vt aduersus se id præstat Publius, nempè vt solutum sibi à Caio debitum reddat pro ea parte quam ex peculio Caij debet in textu in versiculo porrè enim, ex his nota, quod quẽ*

admu-

Digitized by Google

admodùm intèr Patrem, & filium obligatio ciuilis non est, l.actiones, ff. de act. & obligat. *nec donatio*, l. 1. ff. pro donato, *nec lis*,l.lis nulla,ff.de Iudic.*itèm nec inter duos fratres, qui in vnius Patris potestate sunt: Proindè enim est atque si à Patre,ipsi Patri donatio, aut obligatio quæreretur, quod & alias dictum est* in l. Pōponius, ff.familiæ hærcisc. *quod autem pertinet* ad §. quæsitum omnia clara sunt, hæc Petrus Castaldus.

108 Ex quibus, & attentis per alios inuolutis excipere poteris tu prouectus quantam maiorem difficultatem præbeant intellectui dicti *text. in d. l.frater à fratre*: cùm omninò satis sit, vt frater mutuans non habeat peculium, de quo nèc clarè,nèc interpretatiuè constat in text.quando de solo peculio fratris debitoris in eo mentio fit, ibi, *non minùs ex peculio suo ad fratrem peruenisset*, supplet *gl.in verbo ad fratrem lit.F. creditorem*, & si supposuit *Africanus* alterum fratrem creditorem habuisse, & ipsūm quoque peculium,vtique non compensasset creditum cùm portione peculij alterius fratris debitoris; sed benè cùm portione eiusdem peculij fratris creditoris ratione mutuæ collationis peculij: cùm eiusdem oneribus ad inuicem suscipiendis, & remansisset tantum debiti quantitas in puris terminis familiæ hercíscundæ,& quia debitum contractum ab vno ex fratribus hæreditarium fuit, ideo hæreditatem sequitur *l. pro hæred. C.de hęred. act.* & tanquam hæreditariū fuit Patris Domini hæreditatis,& non filij mutuatarij debitum, & creditum, debitum respectu filij debitoris, creditum respectu filij creditoris, vt patet ex litera eiusdem *text.* ibi, *ideò vt si prælegatum filio eidem debitori id fuisset,deductio huius debiti à fratre ex eo fieret*, ex quo colligitur, quod debitum istud nō est principalitèr onus peculij fratris debitoris,vt malè sentit *glosa* hic in verbo *idque lit.M.*quia respuit *text.* ibi,*pro ea vero,qua frater heres extitisset*,itā repetiturum si minùs ex peculio suo ad fratrem peruenisset, & sic dicit *Africanus*, quod principalitèr medietas huius debiti spectat ad fratrem creditorem, vti communis Patris cohæredem, & quod principalitèr hoc debitum spectat ad hæredit. act. fam. *l. hercisc.* subsequitur posteà,& de altera parte, hoc est de illa contingente filio debitori, quæ est medietas, tūc demum ad se pertinere,quatenùs de peculio suo non peruenerit ad alterum fratrem creditorem,& si peruenerit, erit dicta sua pars iterum excomputanda in suo peculio fratri perueniēdo, quo non existente, diuisio erit pro portione hæreditaria, prout communitèr diuiduntur onera hæreditaria intèr cohæredes. Proindè si hoc esset, *Castaldi* interpretatio nequaquam curreret, ex eo magis, quod licèt filius acquirat Patri,tamèn non potest cōtrahere absq; Patris consensu & præsentia, adhùc in eius beneficium, sed sic est,quod mutuū in textu nostro creditum per fratrem filium familias fratri filio familias apparet contractum absque Patris præsentia, & consensu. Ergo non poterat esse mutuum, cùm non aderat, in quo illud consistere potuisset, quo cessante, cessat etiam iurium dispositiones de quibus supra.

Fateor hanc legem notos habere scopulos non sic de facili euitabiles, ac si iremus à Scylla ad Carybdim, propterea subtilissima nauicula requiritur ad varcandum sic vaste Oceanum,& proindè pro iuribus meis, & in quantum in me est dico. Quod filius familias regularitèr mutuare non potest sic proibente Senatus Consulto Macedoniano, quod etiam prohibet repetitionem aduersus factum sui iuris,visaque est pecuniæ datio perniciosa parentibus, occasioque delinquendi per filios familias, ante tempus, patrios inquireret in annos, vt ab hoc mutuo citiùs se expediret:hoc equidem Senatus Consultum latum fuisse tempore Vespesiani refert *Sueton.in responsf.cap.* 11. quod quidem eam mutui speciem tantum improbare videtur,quæ in pecunia fit filio familias non autem alterius rei *l.sed si Iulianus ait §.nummi dationem ad Maced.*nisi aliæ res in fraudem eius, quo pecunia, vel vndè pecunia traduci posset, quæ in mutuum veniret, data esset *d. §. mutui dationē,& l.quia quod vulgo, ff.eod.*quod iterùm beneficium ampliauit Philippus

Cæſar *in l.filius tuus,ff.eod.*ad nepotes,& pronepotes,vt nèc Pater teneatur de peculio, & nec filius poſſit hoc renunciare beneficiū, *Donad.de renunc.lib.1.cap. 9.ſub nu.* 236.*&* 273. vbi multos Doct. adducit,quem ſufficiet pro omnibus allegaſſe,quia non tantum in eius fauorē, quam in odium creditorum introductū eſt,*gl.in l.fin.ff.eod.* quod non ſic eſt in Velleiano in mulieris dumtaxàt fauorē lato, poſſe per eam de iure communi renunciare,vt probatur in *l.fin.* §. *vlt.ff. ad Velleian.*quamuis Regia Conſtitutione in *pragmatica* 1.*de Senat. Conſult.Vell.* ſancitum ſimilitèr extet,vt nequaquam hoc beneficium etiam cùm iuramento per mulierem renunciari poſſit. Hæc facultas filio familias adimitur,nec vlla dignitas ab hac exceptione filium fam. eximit *l.* 1.*ff.ad Maced.* Imò hoc beneficium in eius hæredem tranſit, & hæredem Patris, vt ea opponi contra creditorem iurè poſſit, *l. ſed Iulianus*, §. *quanquam autem,ff.eod.*

Hinc*Placitus in Praceduolo* refert quādam legem,quam qui nauicinarium nominat, quæ non ſinit pecuniam à daniſta mutuo adoleſcentibus dari, ſic apud cum, adoleſcente alloquente, Perij, at nondum lex me perdidit,qui nauicenaria metuunt credere omnes,& *Cornelius Tacitus Ann.lib.*11.legem latam à Claudio Cæſare ſimilem Senatus Conſulto Macedoniano notar, dùm de eo refert, & lege lata ſæuitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecuniam filijs familias mutuo daret, vt teſtatur *Petrus Gregor.Tholoſ.Syntagm.iur. ciuil. vniuerſ.lib.*22.*cap.* 2.*ſub nu.*10. narrans etiam enarratam *Plutarch. hiſtoriam in Peric.* Xantippum filium Periclis patris nomine creditori iudicium dictaret ab vno eius amicis argumentum accepiſſe quaſi filio corrupto,*l.eos, C.de furtis, l.ſi quis,& l.*12.*C.ad l. Flauiam de Plagiarijs l.ſi liberum,C.quod cùm eo,*ſicuti qui à filio familias, vel ſeruo ſciens prudenſq; emit,ſe furti obligare videtur, *l.ſin.C.ad Macedon.*

121 Hec regula nè filius fam.mutuū accipere poſſit ab eo fonte ſcaturiuiſſe apparet., ne ſcilicèt creditores perfide paternam ſubſtantiam poſt patris mortem crudelitèr lacerent, & ne in patrios annos inquirat filius debitor, vt poſſit ab hoc mutuo filius citiùs ſe expedire, *l.cū non ſolum verſ. filij autem familias, C.de bonis quęlib.*ibi, *melius enim eſt coarctare iuueniles calores, nè cupidini debita triſtē exitum ſentiant*, ſcilicèt *Patres*, ſecundùm *gl. ibi*, *qui eos poſt diſperſum expectent patrimonium*: cùm enim parentes clarè eos ſecundùm legem, & naturam compellantur, quare ad venditionem rerum ſuarum proſilire deſiderant:ideò tutiùs in *d.l.frater à fratre* affirmandum eſt, nullum interceſſiſſe mutuum, in eo, quia illud per fratrem debitorem ſolutum fratri creditori condicitur tāquàm male ſolutum,vt patet *ex tit. de condict. indebiti*, ſub quo ſituata eſt *l.illa*, & ob eamdem legis diſpoſitionem, in qua reſpondit *Africanus* poſſe per fratrem debitorem indebitum ſolutū ex illo mutuo repetere in ea parte, qua hæres extitit Patris, & ſic repetit filius debitor, quod ſibi contingit ex hæreditate paterna diuiſa cùm altero fratre creditore, & priùs ſolutum ratione dicti indebiti mutui, cur repetit, ſi iam mutuum eſt,dicunt,quia creditum, & debitum in hæreditate eſt bene,ſi ſic eſt, non nè debitum, & creditum hæreditarium eſt? vtique hæreditarium, & ſi hæreditariū, aut hoc mutuum fuit contractum conſentiente Patre, & valeret, vt probatur *in l.ſed Iulianus ff.ad Maced.l.*2. *C.eod.*& ſi valuerit, ad quid poſtmodum ſucceſſit in textu repetitio ex parte filij mutuū recipientis: igitur ſi repetitio ſubſequitur adeſt proculdubio indebitè ſolutum ex mutuo minùs iuſtè contracto, ex quo contemplatione eius ſolutum fuit ex condictione indebiti repetitur,quod non eſſet ſi verè mutuum fuiſſet, ex quo tùnc quilibet reportaret quod ſuū erat. Aut diſſentiente Patre, mutuum inter fratres fuit contractum,& eſt,quod magis probo,ex eodem *textu*, ibi, *naturalē enim obligationem, quæ fuiſſet hoc ipſo ſublatum videri*, ſupple inter fratres, & inter filium, & Patrem, vt aliqui putarunt in iſta parte. Cur ſi Pater filio crediderit, iſque emancipatus ſoluat? non repetit filius à Patre; quia remanet naturalis obligatio inter Patrem,& filium eſt

est etiam, quia extrema efficiuntur habilia ad mutuum contrahendum ex parte Patris, quia suum tradit, ex parte filij, quia contrahitur cum eo per Patrem, in illo mutuo, quod et si à principio sit informe, formari potest ex post facto, vt puta consumptione, vsucapione, stipulatione, & similibus, de quibus apud *Tholos. loco cit. sub n. 11. col. pen.* vndè cùm filius familias obligetur Patri non iuuatur dicto beneficio, etiam Patre absente, vt post *Paschalem de virib. patr. potest. par. 1. cap. 6. num. 123.* & alios probat *D. Praeses Merlin. contr. forens. par. 2. cap. 100. sub n. 75. & 76.* ideò si filius emancipatus soluit Patri, rectè soluit ex illa primordiali obligatione naturali, quæ in principio mutui accepti intercessit, quatenùs de suo peculio ad patrem nõ perueniat, vt in *d. textu* probatur, & si dicas, cur nõ totum repetit frater debitor, à fratre creditore, & totali indebita sibi facta solutione, sed in parte duntaxàt, in qua hæres existit frater creditor, respondeas, quia in ea parte iam in toto satisfit fratri, quemadmodùm pro alia parte debiti indebitè soluti, iàm intus habet, quod quærit, & est in illa sua hæreditaria parte, quæ sibi contingit, alias si totum debitum exigeret frater debitor à fratre creditore, locupletaretur vtique cùm aliena iactura; ex eo quia plus exigeret à fratre, quàm ei indebitè soluisset, quando retinendo integram suam hæreditariam partem, exigeret etiam totum indebitum à fratre, qui minùs haberet, quàm portio sua exposceret in hæreditate paterna, & ideò subsequitur in textu, *altèr frater ità receptu- rus si non minùs ex peculio suo ad fratrem perueniret*; quia si peruenisset, locupletaretur, è contra frater creditor, cùm iactura peculij fratris debitoris, & quia pecunia credita Patris erat, ideò in portionibus hæreditarijs discretis remansit mortuo Patre, & non ad peculium alterius fratris pertinuit, quod si sit secùs, nulla cũ eo fieri debuisset compẽsatio, quando secundùm *Castaldi* interpretationem eiusmodi onus peculij esset, maximè qua solutio facta apparet à fratre fratri post mortem patris, ibi, *post mortẽ Patris ei soluit*, & proindè nuncupatim confert ratio nostra, cui si aliquid superuacuum excogitare velis videas si poteris.

112 Septimum argumentum desumptũ *à l. non omnis, §. si pupillus, ff. si cert. petat. d. §. nam & si fur in princ. l. si Pater filia, ff. de iure dot. l. si quis pro eo, §. si nummos, ff. de fideiuss.* ex quibus creditum fuisse probatur, ea ratione, quod si à principio mutuum non subsistat, quia alieni nummi mutuati sunt conciliatione tamèn ex post facto recõciliatur, non minùs acerrimum propugnaculum, quàm sanguinolentem aciem pro victoria interpretes aperto pectore parant, quorum turbam acie benè ordinata reposuimus suprà alia occasione; quam pro iuribus istis explicandis, aduersùs quos insurrexit doctus *Piccardus* ibidem *sub n. 133. vers. quoniam contra*, intrepidè dicens, neque textum in hoc casu conciliari, neque communem illam opinionem in iuribus prædictis probari.

113 Probat intentionem suam *Piccardus* ex eo, quia si pecunia mea me inuito, & ignorante, mutuo data sit, actus cõsumptionis operari non poterit, vt sine facto meo pecuniæ meæ dominium à me abdicari queat, secundum quod *text.* voluit *in l. id quod nostrum, ff. de reg. iur.* Insuper actus consumptionis nõ est actus acquirendi, sed potiùs perdendi dominium, præterea si consumptione dominium acquiratur, quod non probat *Piccardus* adhùc ipse mutuum negat: cùm primum extremum deficiat, vt videlicèt is, qui tradidit Dominus sit, iuxta nostrum *textum, in d. §. appellata*, nec in illis allegatis legibus probatur mutuũ conciliari ex consumptione rei alienæ mutuatæ, nec obstat, illis cõsumptis, ibidem dari condictionem: nàm illa condictio non est ex mutuo, vt falsò vulgus ibi persuasit, sed generalis cõdictio sine causa, quæ locum habet quoties res mea apud te sine causa est *l. 1. ff. de condict. sine causa, §. appellamus infrà de act.*

114 Nèc obstare sibi videtur, subdit *Piccardus sub n. 126. d. l. Pater filia*, quia ibi, nõn dicitur dos profectitia propter consumptionem, sed quia, vt profectitia dicatur sufficit, vt pro eo Pater obligatus remaneat, & si ex eius bonis profe-

Digitized by Google

cta non fuerit, *l.profectitia 5. vers. sufficit, ff. de iure dot.* & sic non nummis consumptis, generali condictione Pater teneatur, rectè dos profectitia appellatur.

115 Nèc suo similitèr obstat intellectui commixtio pecuniæ alienæ, per quam dominium quæritur, & conciliatur solutio, quæ à principio non valuit: cùm non appareat quis Dominus sit, iuri naturæ conueniens est, vt qui accepit Dominus efficiatur: cùm apud eum permaneat, at consumptione pecuniæ iam in alium transferatur, quo pacto quis Dominus effici poterit, quia non per hoc, quod commiscetur pecunia aliena mutuo data, ergo sequitur, mutuum est, quãdo alterum ex extremis mutui deficiat: vt scilicèt dantis, & ità soluit septimum hoc argumentum *Piccardus.*

116 Tu distinguendo facillimè assumere poteris interpretationis bracchiũ, quod aut scilicèt pecunia, quæ mutuatur aliena contenditur per mutuatarium, non esse ipsius mutuantis ad finem se eximẽdi ab actione mutui, tùnc quia ei non competit exceptio dominij, vt supra diximus, quia ipse à mutuante causam habuit, ideò tùnc cùm tanquam Dominus mutuauerit, & ille tanquam mutuatarius receperit, resultat quædam tacita confessio recipientis, per quam fatetur mutuantem esse Dominum rei mutuatę, quæ tacita confessio ei debet nocere, vt probatur *in l.vnde, C.si cert.petat.* vbi debet spectari contractus substantia non origo pecuniæ, quæ mutuatur, quare in isto casu non erit inquirendum, vndè mutuans illam habuerit; sed an scilicèt mutuata fuerit ceù propria, & sic in isto casu contraria scientia mutuatarij, quod pecunia sibi mutuata non erat mutuantis nihil sibi proficere potest, sequuta insupèr consumptione, quæ licèt non efficiat Dominum mutuãtem pecuniæ mutuatæ, benè causat, vt ex illa bona fide in contractu mutui, inuenta orietur æquitas, secundùm *Bald.in d.l.2.§.appellata col.1 ante med. vers. opponitur ad idem, ff.si cert.petat.* & in hoc rectè poterat accedere communis opinio, de qua apud *Purpurat. in d.l.2. §.appellata col.3. ad fin. vers. non autem est recedendum num. 14. ff.eod.*

117 Aut vero agitur de tertio vendicare volente aduersùs mutuatarium pecuniam sibi mutuatam à mutuante tanquam non suam, sed tertij, & tùnc si offerat tertius iste incontinenti probare pecuniam illam mutuatam suam esse audiendus, *arg.cap.veniens el 2. de testib.* & iuxtà ea, quæ longo sermone adducit *D.Reg.Rouitus decis.2 per totam,* aut non probabit incontinenti, & tùnc aget ex condictione, de qua *in l.si me, & Titium ff.si cert. petat.* nec reseruantur iura sua aduersus quem pecunia illa deuenerit iudicio ordinario, aut verò mutuans agere vult contrà tertium, in quem trãsfertur pecunia illa mutuata per mutuatarium, & tùnc existente pecunia illa, aut tertius ille habet causam à mutuatario, & potest contrà tertium agere non probato dominio, aut habet causam ab altero, quàm à mutuatario, & tùnc omninò probare tertius iste agens tenetur dominium illius pecuniæ ad instar assistentiæ, de qua apud nos in *tract. de assist.q.1.* probat *Grat. post multos in d.cap. 261. sub num.30 vers.exemplo.*

118 Ex quibus dices, quod licèt consumptio pecuniæ non causet dominium, causat verò ex æquitate subrogationem illius rei, quæ mutuata est, & sic assumit naturam mutui, *vt in d.l.2.§.mutui datio,* quo ad restitutionem in specie sui generis, quando non extat res illa in sua specie, quæ vendicari poterat; quando obstaret cõdictio sine causa, sed quando non extat, non est quid sine causa vendicari possit, sed rectè actione mutui ab effectu, vt scilicèt ea in specie secundum eius genus restituatur, aliàs si consumpta pecunia, vel res, non ea assumeret naturam mutui, quoad restitutionem in specie sui generis, frustratoria esset alia actio, etiam personalissima, ad vtramque consequendam, non ad rem mutuatam, quia non ea extat, non ad eiusdem speciem secundum sui generis, quia ea non est subposita restitutioni ex dicta condictione: cùm sit alia, ergo omninò concludendum, quod licèt consumptio nõ causet dominium, causat tamen subrogationem, vt secundùm effectum mutui restituatur in specie secundum suum genus, & est, quod adhùc non fuerunt expli-

explicati interpretes ad euitanda ambigua.

119 Octauum, & vltimum argumentum *ex d.l. certi condictio, ff.si cert.petat.* nec obstat, quia dictum fuit ex illa generalitate non oriri specialitatem mutui, cùm certi condictio actio sit generalis, quæ nasci non potest ex mutuo, prout actio vocatur ex deposito, ex empto, ex vendito, ex locato, qui omnes contractus suas habent specialitates, & sic etiam mutuum habere debet specialitatem, dicẽs, quod huiusmodi actio ex certi condictione est symbola; potest in omnem contractum conuerti, & adæquari, non destructa substantia ipsiusmet actionis: nàm quando, secundum dialecticos, dico animal, & si hoc genus animalis proportionetur, & adæquetur, quemadmodùm Boui, & Equo, tamèn adæquatio illa fit sine consumptione, & alteratione sui generis, sic etiam quando dico certi condictio, adæquatur, & proportionatur mutuo, deposito, commodato, & similibus, proportio, & adæquatio illa fit sine sui generis destructione, & sic quemadmodum equus sit animal irrationale, nõ tamen irrationabilitas respectu sui generis destruitur in æquo, sed conseruatur pro cæteris animalibus irrationabilibus, & sic dicas actionem illam cæteris suis speciebus competere tanquam genus adæquabile, & proportionabile omnibus suis speciebus, quæ nascũtur cùm eadem sua specialitate sui generis, vt probat etiam *Tholos. Syntagm. iur. ciuil. vniuers. lib. 12. cap. 5. sub n. 5. vers. nascitur namque.*

120 Est benè verum, quod præter hanc generalem condictionem certi, mutuum habet duas alias speciales actiones, triticariam scilicèt, & ex mutuo, si pecunia numerata repetitur, datur condictio mutui, si cert.petat. si alia res certa extra pecuniam numeratam petitur, datur triticaria, siuè mensura, siuè pòdere constet, siuè mobiles sint, siuè immobiles, siuè iura, siuè seruitutes; vtrumq; prædiorum, & vsusfructus, siuè illę res certæ, vel incertæ sint, *l. 1. ff. de condict. tritìcar.* extẽdunt, & posteà mutuum ad ea, quæ certitudinem ferè æqualem rebus pondere, numero, & mensura consistentibus habent similitèr, & eius certi condictionem, *§. 1. quib. mod. re contr. oblig. instit.* in quo modo condictioni triticariæ videtur accedere, cùm tamen triticaria ad alias res pertineat incertas, ob quas triticaria possit dici arbitraria actio, quia Iudex arbitrio suo, rem, quæ per cam petitur existimata, habita ratione rei, & temporis condemnationis, si res extet, si tamen pertinet tempore sui interitus, *l. 3. ff. de tritic. act.* excepta pecunia, quæ certam haber, nèc arbitrariam estimationẽ, & quæ res aliæ estimantur, *l. 1. ff. de contrah. empt.* ipsa rebus alijs non extimatur, *l. si ità, ff. de fideiuss.* quare in mutuo actio non est arbitraria, quæ pondere, numero, & mensura consistunt, pecuniæ nomine intelliguntur, quod si estimatio quædam maior rei in mutuo accedat, habita ratione temporis, & moræ, non tàm rei augumentatio, quàm rei ipsius valor dicetur, *l. vinum, ff. si cert. petat.*

121 Hæc enim certi condictio, quæ verè in hac mutui repetitione propriaque datur pro re certa debita mutuata repetenda, non communicatur cùm alijs speciebus certi condictionis, quæ pro alijs causis dantur, vt puta condictio ex lege, quæ restringitur ad legem, ob quam obligatio producit vim petendi *text. in l. 1. C. de condict. ex l. & in l. omnimodo, C. de inoffic. testam.* pro donatione, *vt in l. si quis argentum, §. fin autem, C. de donat.* condictio causa datâ, causa non sequuta, repetitur res data ob illam causam ex condictione causæ non sequutæ, *l. 1. ff. de condict. caus. dat.* condictio ob turpem causam datur si ex parte dantis quoque non adsit turpitudo, *l. 2. ff. de cõdict. ob turpem causam, & toto tit. C. eod.* cõdictio sine causa, quia repetit obligationem, qui promisit, vel soluit sine causa, *l. 1. & 2. ff. de cond. sine causa*, dummodo non intercesserit iuramentum. condictio indebiti ignorantèr soluti, *l. 1. & seq. ff. de condict. indebiti.* condictio furtiua, *ff. de condict. furt.* & deinceps, nec si quis certũ stipulatus fuerit ex stipulatu aget, sed illa condictione, ex qua certum petitur, *l. si quis certum, ff. de reb. credit.* diximus supra, etiam si de mutuo agatur per alium nomine nostro facto, de illis supra-

Digitized by Google

suprapositis conditionibus non est noster sermo, & proindè consulendi sunt interpretes.

122 Sciendum est etiam, quod eo ipso, quod pecunia datur ad numerum, censetur saltim tacita concessa facultas, etiam vtendi, dummodò pecunia in eodem genere restituatur, accedente maximè consuetudine, quod in deposito pecuniæ numeratæ sufficiat reddere tantundem in eadem specie pecuniæ numeratæ, non illamet pecuniam, & tacitè censetur id actum, quod fieri consueuit, *l. quod si nolit*, §. *qui assidua, ff. de edilit. edict.* tamen cùm periculo casus fortuiti, notat *Ant. Gabr. lib. 3. concl. 2. num. 11. & 12. tit. de rebus credit. in suis communibus.*

ARGVMENTVM.

Commodatum an sit symbolum, mutuo, & quid si potiùs deposito.

SVMMARIVM.

1 *Commodatum symbolizatur cùm mutuo, & precario.*

2 *Commodatum ex gratuito officio procedit, eiusque diffinitio notatur.*

3 *Precarium quid.*

4 *Commodatum quomodo differat à mutuo.*

5 *Commodatum quomodo differat à precario.*

6 *Commodatum quomodo differat à locatione.*

7 *Verbum* date, *quid importet.*

8 *Casus fortuitus quam differentiam constituit intèr commodatum, et mutuū.*

9 *Culparum causa quæ.*

10 *Culpa quid sit.*

11 *Commodatum in quo sit symbolum cùm deposito.*

12 *Actiones quæ, & quot dantur pro commodato, & deposito.*

13 *Actio commodati, cur vtraque non est directa, prout sunt actiones venditionis, locationis, societatis, & similium.*

14 *Actio contraria cur ità dicta.*

15 *Commodatum, & depositum an sint symbola quoad irregularitatem.*

16 *Commodatum, & depositum an conueniant in modis concipiendi.*

17 *Deponendi causa à Pratore acquisita.*

18 *Iudiciale depositum quid, & quale extraiudiciale.*

19 *Depositio sub conditione victoriæ non omnibus liberatur, sed cui vicerit.*

20 *Oblatio sola absque depositione quando sufficiat, & num. 21.*

22 *Oblatio quomodo facienda, & pignus liberetur.*

23 *Oblatio ad se eximendum à periculo, illud transferendum in aduersarium quomodo facienda.*

24 *Oblatio quomodo fieri debeat à possessore reo conuicto.*

25 *Oblatio posterioris creditoris quomodo facienda.*

26 *Oblatio ad se liberandum à debito quomodo facienda.*

27 *Sequestratio iudicialis quando, & quomodo fit.*

28 *Res propria nec commodari, nec deponi possunt penès Dominum.*

29 *Commodatum, & depositum etiàm consensu perficiuntur.*

30 *Commodatum, & depositum non fiunt cùm furioso.*

31 *Commodatum an contrahatur cum Pupillo.*

32 *Commodatum, & depositum an rectè fiant penès seruum.*

33 *Commodatum, & mutuum sunt symbola in re extrahendo.*

34 *Commodatum, & mutuum à quocunque fieri possunt, cui non est inter dicta libera administratio.*

35 *Commodatum, & mutuum gratis fieri debent.*

36 *Commodatum, & mutuum habent duas symbolas actiones.*

37 *Commodatum, & mutuum non patiuntur exigi ante tempus.*

38 *Commodatum, & mutuum absque temporis præfinitione data sunt remittenda ad arbitrium boni viri.*

39 *Commodatum, & mutuum in quo conueniant in resarciendo damnum.*

40 Com-

40 *Commodato, & in mutuo datur non-dùm directa, & contraria actio, sed etiam vtilis directa, & contraria.*

41 *Commodatum, & mutuum contrahitur eadem causa licèt diuerso effectu.*

42 *Commodatum, & mutuum in proprio Domino rei commodatæ, & mutuatæ respectiuè accidere non potest.*

C A P. II.

Consequens est, vt videamus, quæ symbola esse possent intèr mutuum, & commodatum, & quid si potius cùm deposito, de quibus in genere in præcedenti capitulo diximus cùm hæc tria hucusque genera contractus symbola sint quo ad modum contrahendi, omnia re contrahantur, vt de mutuo, & deposito hactenùs supra, & de commodato constat in *§. item is cui instit. quib. mod. re contrah. oblig.*

1 Commodatum in latissima significatione non solùm symbolizatur cùm mutuo, verum etiam cùm præcario, *Cicero* enim commodatum pro mutuo accepit *6. in Verrem*, & probatur *in l. 2. C. de public. rat. lib. 10.* & *Ezech. 18.* ibi, *ad vsuram cùm commodato: cùm præcario,* patet
2 *in l. interdum, ff. de præcario.* Item, quia commodatum ex gratuito officio procedit, cùm pateat à sui quidditate: cùm *sit rei alicuius inter idoneas personas facta ad certum vsum, vel tempus gratuita concessio,* vel secundùm *Mantica* descriptionem *de tacit. lib. 9. tit. 1. n. 5. sit contractus bonæ fidei, qui gratuita traditione rei ità prospicitur, vt vsus certum non etiam dominium in accipientem transferatur.* Præ-
3 carium est, quod precibus petentis vtendum conceditur, ità diù, quem diù is, qui concessit patitur, & proindè in commodato is, cui gratuitu alicuius rei vsus conceditur re obligatur, teneturque ad rem ipsam, quam accepit, restituendam commodati actione, & summa in ipsa custodienda præstanda diligentia *l. 1. §. is quoque cui rem, ff. de act. & obligat. l. 1. §. 1. ff. commod. cap. 1. extra de commod.*

Et cùm commodatum sic contrahatur: cùm res aliqua vtenda datur; non solùm non differt à præcario, & mutuo, sed nequaquam à locatione, & deposito irregulari, vt de primo patet in *§. penult. instit. de locat.* de secundo *in l. si sacculū, §. 1. ff. depositi,* in stricta significatione differt ab omnibus, cùm commodatum sit conuentio, quæ res gratis vtenda datur ad tempus, modumuè, ea lege, vt eadem reddatur, & dicitur à commodo datum, hoc est præscripto fine vtendi, vt voluit *Festus Pompeius*, vt approbat *Thol. dicto lib. 23. cap. 1. in princ.* & *Piccardus d. §. item is, cui sub nu. 12.* & sic cùm commodatum sit *cōtractus, vel cōuentio, qua res gratis vtenda datur,* stat loco generis, quæ conueniunt alijs pluribus cōtractibus, & conuentionibus rei ad vsū concessæ. subsequitur, *ad tempus, modumuè certum, ea lege, vt eadē reddatur,* quod stat loco differentiæ. Proindè in cōmo-
4 dato potest venire quæuis res, quæ vtēdo non consumitur, & si corporalis, vel incorporalis sit, & in hoc differt commodatum à mutuo, quia in commodato res dari possunt, tàm corporales, quàm incorporales, *l. 1. §. 1. C. commod. l. si gratuitam, ff. de præscript. verb.* & sic seruitutes, habitationes, nomen debitoris, vt illud creditori mutuatarij obligetur, vt videre contingit apud *Manticam d. lib. 9. cap. vlt. n. 2. Piccardum loco cit. num. 17. & 18.* quæ vsu vero consumuntur, ex quo consumptione eædem res restitui non possunt transeunt in mutuum *Thol. loco cit. sub num. 5. Mantica in suo allegato loco num. 5.* maximè, quando sunt fungibiles, quæ si tali pacto dentur, vt eædem in specie reddantur, è conuerso non mutuum, sed commodatum est *d. l. 2. in princ.* ibi, *alioquin, aut commodatum erit, verbi gratia,* quādo ad pompam pecunia traditur, vt mutuationis loco intercedat *l. 3. §. fin. iuncta l. sæpè, ff. commod.* in qua non *datis*, seù *dantis*, sed *dicis*, legendum est, neque *dicis, gratia aliquid facere perfunctoriè, & simulatè*, vt constat ex Brisonio, & Notomano, serua t *Piccardus loco cit. sub num. 23.* incolis ab ipso citatis.

Differt etiā commodatum à mutuo, quia licèt sicut in mutuo intercedere etiam debeat in commodato gratuitas, aliàs aliqua mercede intercedente, trāsiret in locationem, tamen quo ad modum vtendi non est ità, quia mutuo vtitur in proprietate, vt supra probauimus ex

ex *d.l.2.§.mutui datio*,cùm similibus cõmodatum verò vtitur in mero commodo: cùm proprietas semper remaneat penès commodantem, *l. rei commodatæ, ff.eod.l.officium, ff.de reiuind. §.possidere instit.de interd.*

5 Item differt commodatum à prçcario quia commodatum ad tempus, certumuè modum datur,& ad determinatum vsum , vt *in l.si vt certo, §.sed interdum l.in commodato,§.sicut,& l.fin.ff.commod.* qui quidem certus vsus destinatur ab eo,qui commodat, sicut etiam voluntatis,& officij magis est commodare, quã necessitatis,ità paritèr modum commodato adhibere,*l.hoc Senatus Consulto , §. 1.ff.de vsufr.ear.rer. qua vsu consum.*quo finito,extinguitur commodatum,aliàs si commodatarius vlterius vteretur re cõmodata,contractaret inuito Domino,& committeret furtum *d.l.si vt certo,§.quinimmò,& l.cùm,& l.quare,ff.de furt.l.qui furt.ff.de condict.furt.§.furtum autem instit.de obligat. quæ ex delict. nascunt.* explicat *Couarr. var.resolut.lib.3. cap.15.in fine* . Præcarium verò sine temporis, aut modi præfinitione conceditur *l.1. §.fin. l.cum præcario,l. in reb. §. fin.ff.de prçcar.* adeo quod si res præcario detur vsque ad certum tempus possideat, non erit ampliùs præcarium , sed commodatum ex regula *l. vbi ita donatur, ff. de donat. caus.mort.cap.si de prçcario.*

Quo etiam modo differt commodatum à deposito,quia depositum arbitrio deponentis potest repeti *l.1. §.pen.ff.depos.cap.fin.de deposito*, quod non esset , si pactum de non petendo adijceretur *l.1. §.si sic deposuero.ff.depositi.*

6 Insuper commodatum differt à locatione, præcario , antichresi, cõtractu innominato,& mutuo, sicuti differt verbũ dandi,à verbo commodandi, nempe sicuti differt genus à specie : nàm vtendũ dare,est genus,quod omnes supranominatos contractus comprehendit , commodare autem est species ad rem aliquam, certum ad vsum gratis vtendam dare; denotat adeo , quod quamuis ex pluribus alijs in casibus vtenda res detur;non tamen gratis ad certum tempus, & vsum ea lege vt eadem reddatur , vt hic ab alijs contractibus secerni possit, statu..ur.

7 Iterùm differt commodatum à mutuo,quia etsi vtroq; dentur, tamèn cùm discrimine verbum *dare* adnotandum est, quemadmodum , & si hoc verbum dominij translationem demonstret , id verum erit quando alitèr expressum nõ fuerit à contrahentibus,*l.vbi autem cùm apparet §.fin.ff.de verb. oblig.* vt cùm dicimus *dare* symbolicè *l.& quę nondùm in princ. ff.de pign.* & sic in commodato vsum damus, adeo vt durante tempore, & modo in commodato, commodatarium quasi Dominũ vsus dicimus, quod sic non est in mutuo, quia inibi verbum *dare* dominium transfert *d.l.2. §.appellata,ff.de reb.credit.& si cert.petat.*

Et licèt *Alciat.lib.2.Paradox.cap.9.* asseuerat, illud locum habere , quando nihil à partibus expressum est : nàm in ea lege commodatum esset, vt dominiũ rei commodatæ transeat in accipientẽ, ità vt post aliquod tempus eadem res commodanti reddatur;nihilominùs cõmodatum esse affirmat *Alciatus ex textu in d.l.2.in §.1.ff.si cert.petat.* vbi cũ rem damus, eandem recepturi, commodatũ esse, & non mutuum secundum responsum *Pauli*, & tamen constat ibi dominiũ translatum fuisse , ex illo verbo *damus* cuncta superiori inductione : deindè , quia dubium est, an mutuum sit, necessarium est dominium fuisse translatum ex *d.l.2.§.appellata*.Insupèr firmat intẽtionem suam *Alciatus ex l. fin. in fine, ff. de prçscript.verb.*vbi quando species datur, vt eadem reddatur,commodatum esse dicitur , & tamen necessarium est dominium speciei in accipientem esse translatum , aliàs in secundo casu non esset contractus innominatus.

Sed iudicio *Piccardi loco cit.sub n.42.* fallitur toto (quod aiunt) Cçlo *Alciatus* improbatus *à Bellono in dicto §. item cui num.3.& lib.1.suppet.cap.6.*ab Angelo in *Anteparad.cap.16.* quia non semper verbum *damus* dominij translationem significat , sed aliquando accipitur pro *tradere*, vt in *d. §. item is, cui, & in l. vt certo,§.nunc videndum in quib.* vbi notat *gl.in verbo rem tibi dedi, ff.commod.& in l.si tibi areę* , verbo *dedi, ff. de prçscript. verb.*& nos supra diximus.

8 Vlteriùs differt cõmodatum à mutuo, quia

quia in commodato casus fortuitus nō damnificat commodatarium, in quem non transit dominium, in mutuo verò secùs, quia tùnc casus fortuitus spectat ad mutuatarium, in quem transit dominium rei mutuatæ: vndè licèt commodatarius teneatur integram rem restituere finito vsu rei commodatę commodanti, & si deteriorata fuerit res illa cōmodata in vsu, non integra reddi videtur *l. 1. §. si reddita, ff. eod. tit.* quo casu etiam in litem iurabitur, vt in cæteris bonæ fidei iudicijs *d. l. §. in hac actione*, nisi ex ipso vsu, ad quem commodata est, deterior reddatur sine commodatarij culpa *l. eum qui l. fin. ff. commod.* si vero casu perierit res non tenetur commodatarius restituere, vt in *d. §. itèm is cui, & l. si vt certo, §. nùnc videndum, & l. fin. ff. commod. cap. 1. eod. tit.* quia periculum rei interitæ sequitur Dominum rei, *l. quæ fortuitis, C. de pign. act.* ac etiam, quia cōmodatarius Dominus est certæ speciei, qua perempta absque eius culpa liberatur, *l. quod te mihi, ff. si certum petatur, l. si ex lege, ff. de verb. oblig.* adeo, vt in omni contractu regulare sit, vt debitor de casu fortuito non teneatur *d. l. quæ fortuitis, & l. contractus, ff. de reg. iur.* nisi ex culpa commodatarij res commodata perierit, quia tùnc casus ille fortuitus pertineret ad cōmodatarium, vt si quando rem, ad vnum casum commodatam ad alium transfert; quia tùnc in culpa est, & furtum committit *l. qui iumenta, ff. de furt. §. furtum de oblig. quæ ex delict.* & fur semper est in mora *l. fin. ff. de condict. furt.* & ideò si res perimat non liberatur debitor *l. legati causa, & d. cap. 1. de commod. & l. 1. C. cod.*

9 Culparum vero tres sunt gradus, nō species, quia quæ differunt secundùm magis, & minùs non differunt specie, *l. si is, cui, ff. quemadm. seru. amitt. l. humilem. C. de incest. nupt. l. fin. C. de fundo instr.* Propterea cùm nominemus culpam, non solum latam, leuem, sed leuissimam significamus, probat *Petrus Greg. Thol. Syntagm. iur. ciuil. vniuers. lib. 2. cap. 11. sub n. 13. in princ.* adnotauit etiam *Piccard. loco cit. sub n. 62.* & vt faciliùs appareant, perpendendi sunt diligentiæ gradus, nempè diligētia exacta, communis, & minor, licèt alij dicant, exactissima, exacta, & vulgaris, exacta illa dicitur, quam suis rebus prudentiores, & diligētiores Patres fam. solent adhibere præter ordinariam, seù communem, vel vulgarem modum, *§. item is, cui res aliqua instit. quib. mod. recontrah. oblig.* quæ requiritur ad euitandam latam culpam communis, quam alij vocant exactissimam, quæ requiritur ad euitandam leuē culpam, & hæc non considerat, neque requirit iuris diligentiam, quam vocat delatoriam, *l. nec supina de iur. & fact. ignor.* & nimis curiosam, qualis est in delatoribus, qui ideo curiosi dicti, *toto tit. C. de curiosis*, & curiosa diligentia, quoq; delatoria, *Thol. loco cit.* affirmans diligentiam, & curam communem illam esse, quæ communitèr à prudentibus, & bonis patribus fam. rebus suis adhibetur, *l. quod Nerua, ff. depposit.* minor diligentia, quam alij vulgarem vocant, est illa, quæ requiritur ad euitandam latam culpam cōsideratur quæ circa res alienas, moris eius habita ratione, qua solet res suas peragere, vt scilicèt pari diligentia, & si sit negligentia, adhibenda sit rebus alienis, quam adhibet rebus suis *d. l. quod nerua*, hinc est, quod dici solet, electionem esse in culpa eligentis in rebus suis eum, qui nescit præesse domui suæ: vndè excipias, latam culpā esse non intelligere, quod omnes intelligunt, *l. cedere diem vers. fin. l. lata culpa, ff. verb. sign.* videlicèt declinatio quædam à prudentia, veluti meum frumentum, aut vinum apud te depositum corrumpi, nisi illud interdùm moueatur, aut tramutetur, vel repleatur, quod esset non cogitare naturales euentus, qui facilè accidunt, prout etiam si velis nauigare aduersæ tempestatis tempore, grauitèr equm conductū onerare, ipsumque longiori itinere vexare, vel temporibus immaturis seminare, metere, vindemiare, & similia agere, ignorare iura *Thol. loco cit.* culpa, læuis est cum is, qui mediocrem diligentiam adhibere debebat eam non præstitit, sed tantum vulgarem, *l. mulier, §. sed enim, ff. ad Trebell.* de qua apud *Vlpian. in l. cùm res, §. culpa autem, ff. delegat. 1.* & apud *Caium in l. quod sæpè, §. si res vendita, ff. de contrah. empt.* vbi ait talem cu-

stodiam desiderari, qualem bonus Paterfam. suis adhibere solet rebus, *l. elegant er, §.fin.& l.ca igitur, ff.de pign. act. l.si Procurator, ff.ad leg.Æquil.l.socius socio.ff.pro socio*, culpa læuissima est: cùm is, qui summam diligentiam debebat, illam non præstitit, sed mediocris dumtaxàt, culpa læuis, & læuissima puniuntur in damnis datis.

10 In summa, vt clariùs dicamus culpa est omissio curæ, vel diligentiæ, quam alicui rei adhibere debemus, quam possimus, & in culpa omissio curæ negligentiam demonstrat, quia magna diligentia culpa est, *l.magna, ff.de verb.sign. d.l.sicius socio, ff.pro socio*, & est non præuidere præuidenda, *Bald.in l.solam. C.de testib.* quæ maximè differt à dolo, quia hæc in omittendo, ille in committendo contrahitur, *l.si Procurator, ff.ad legem Æquiliam*: & proindè culpa dicitur accidere, quod casu male successit, veluti si quis re vtitur suo tempore, vt si tempestate perierit nauis, quam quis tempore legitimo nauigationis pelago cōmiserit, *l.vtique, §.1. ff. de reiuind.* Nèc culpæ, & reprehensionis iustæ dignus dicitur, qui fecerit eo modo, quo alij publicè facere solent, veluti si quis res pignoratas deposuerit in horreis publicis more aliorum, & indè subtractæ sint *l.pign. C.de pign.act.* atqui cùm culpa dicatur quicquid reprehendi potest, vt ait *Cicero 1. off. 1.* nè maior pœna sit quàm culpa, cauendum est, ideò non omnis omissio cuiusque diligentiæ, quæ reprehendi non potest culpa est; sed ea dumtaxàt, quę à lege reprehenditur, quę culpa etiam aliquando ex aliquo facto oriri potest, licèt ea sit à non facto, vtputa quando facit quis id, quod sibi non pertinet, *l.culpa est, ff.de reg.iur.* ignorare, quod omnes sciunt, & scire debent, *l.cedere diem, §.fin.& l.latè cu'pæ, ff.de verb. sign.* & maximè imperitia: cū quis illud præsumit facere, in quo alij suam imperitiam scire potest, esse damnosam, *l.illicitas, §.sicut medico, ff.de offic.Præsid.§.imperitia instit. ad l.Aequil.* omnes istę culpæ possent esse symbolæ in cæteris contractibus, preter quàm in mutuo, in quo, & omnis culpa, & omnis cura, & omnis casus mutuatarij erunt, tanquàm in rebus proprijs contingentes, vt in *d. §.itē is cui, & in d.l.si quis, nec causam, ff.si cert. petat.l.incendium, C.eod.*

11 Symbolizatur nùnc verò commodatum cùm deposito. Primo, vt quemadmodùm commodatarius possit obijcere contra deponentem remedium, *l.si quis intātam, C.vnde vi, & l.colon. C.de agric. & censit.cap.reintegr.3.q.1.* & cætera remedia possessoria, vt probat *Menoch.tit. de recuperāda possessione remedio 10.n.25. & n.51.* sic etiā depositarius *l.1.ff.depos. l.si quis pecunias, C.eod.* quia actio depositi paratam habet exequutionem *d. l. pen. C.depos.* & in eo libellus necessarius non erit, tametsi requiratur instrumentum publicum, *Rodriquez de concursu.& priuil.credit.tit.de priuil.depositi num.43.*

Secundum est symbolum inter commodatum, & depositum, quod sicuti in commodato eadem res reddi debet, quę commodata est, vt supra probauimus, sic etiam in deposito, vt iàm satis diximus, & probauimus.

Tertium symbolum est inter commodatum, & depositum: nàm sicuti in re commodata actio cessat, quando res commodata amittitur sine dolo commodatarij *d. l. quod te mihi*, si tamen res commodata ad commodatarium redierit, teneur actione commodati rem commodatam restituere, sic etiā in deposito *l.1.§.indè scribit l.si fine, ff.deposit.* cùm in alijs actionibus secus sit, in quibus cautio à debitore postulatur, quia licèt res ad eundem redierit, veteri actione tamèn non tenetur, *l.si procuratorem, §. vlt. ff.mand. l.si pecuniam, §. item si quis, ff. de condict. caus. d.it.* post antiquiores *Ant.Fab.in rationabilibus*, quem sequitur *D.Arias d.cap.36.sub n.17.*

Quartum est symbolum inter commodatum, & depositum, vt quemadmodùm bonæ fidei ampliando, suadeat dolum omnem in actione depositi venire, tàm præsentem, quàm futurum *l.1.§.non tantum, ff. depositi*, sic in commodato quando non restituit, quod possit restituere, *d.l.si procurat. §.dolo facit, ff.mand.* etiam ex eadem ratione pretium quoq; ab herede, qui vendidit extorqueri, cùm hoc ipso dolo faciat, quod idem reddidit, & ex re alterius locupletatur, arg.

l.si

l. si eum, ff. de reb. credit. l. quod si, §. idem Iulianus, ff. de pet. hæred. notat *Ant. Fab. in l. 1. §. vlt. ff. dep.*

12 Quintum est symbolum inter cômodatum, & depositum in actionibus, quia tàm in commodato, quàm in deposito duplex symbola datur actio, vna, quæ directa, altera quæ contraria, vt patet in earum rubricis, directa commodanti datur, aduersùs commodatarium, eiusq; hæredes, *l. in commod. §. si ex facto, ff. commod.* quo casu in quem res data est, finito commodo, commodans agit vt sibi ea salua, & integra restituatur: nàm si deterior reddatur reddi non dicitur *d. l. 3. §. si reddita*, hac actione non solum repetitur, sed etiam omnia necessaria, & quicquid ex fructibus quocumq; tempore vtilitatis obuenerit, *l. sicut certo, §. vsque adeo, ff. commod.* cùm res commodatario quæstui esse non debet, cui periculo non est *l. si is, qui §. 1. ff. eod.* quæ si res dolo, vel culpa commodatarij amissa sit ad æstimationem similitèr hæc actio impartitur *l. in rebus, ff. eod.*

Contraria verò commodati actio datur commodatario ad petendum, quod sui intercst si res commodata ante vsũ expletum auferatur *d. l. commodato, §. sicut in fine, & l. rem mihi in princ. ff. eod.* aut vitio rei, quod celauerit commodator damnum intulerit *d. l. in reb. §. possũt.* Item si rem commodatam perdidi, & pro ea pretium dedi, deindè res in potestatem tuam venit, contraria hac actione, aut te mihi præstare debere, aut quod à me accepisti reddere, habetur in *l. in commodato, §. fin.* quod enim contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, qui conuenitur poterit solutum habere iure compensationis *d. l. in rebus, §. quod autem*, ex eo quia, cui damus actionem, multo magis exceptionem concedimus, *l. 1. verf. nàm cui damus, ff. de superf.* quia verò fieri potest, vt ampliùs sit quod inuicem aliquem consequi oporteat, aut casu intercidit, aut sine Iudice restituta est, dicemus necessariam esse contrariam actionem, vt elegantèr notat *Piccardus d. §. itèm is, cui sub num. 47.* subdens.

13 Quod si quæras, quare vtraque commodati actio non dicatur directa, sicuti vtraque actio, quæ ab vtraque parte producitur in contractu venditionis, locationis, & societatis directa est, *§. ex quib. instit. de pœna tem. litig.* & omissis aliorum interpretationibus respondet *Piccardus*, quod quando ex contractu vterque contrahens obligatur principalitèr, & directè, vtraque actio appellatur directa, quod si ex contractu vnus dumtaxàt ex principio principalitèr obligetur, altèr verò non æquè principalitèr, sed secundario, tùnc actio, quæ datur aduersus principalitèr obligatum est directa, quia directè, & principalitèr oritur ex contractu, & quæ datur principalitèr obligato aduersus non principalitèr obligatum est actio contraria: Vndè subdit *Piccardus*: cùm in commodato, mandato, deposito, pignore, tutela, & negotiorum gestore, qui commodat, deponit, mandat, pignus dat, vel cuius tutela administrata est, vel negotium gestum principale ius habent ex contractu, & secundario sunt obligati, habẽt directam actionem, & contrà se solum contrariam, prout elegantèr excepit *à Misinecrio F. ab. Hotomano*, & alijs in locis ab ipso citatis, & dicitur contraria, quia contrariæ parti, cui per priùs nulla concessa erat, actio data fuit à Prætore, & proindè contraria appellatur.

14 Sed magis est, vt actio contraria ità dicatur, & à Prætore introducta *in l. 1. ff. de contr. act.* quia de contrario in eodem negotio elidit directam, tanquàm exceptio, quæ elidit actionem, vel quia ad eius actionem directam aliquo modo refertur. Et ideò contraria dicitur, *l. 1. §. fin. ff. de contr. & vtil. act.* hæc actio cõtraria vires sumit à negotio gesto actuãte facultatem eiusdem, quemadmodùm in natura noxium refertur ad bonum, intendit enim natura omnia in sua specie conseruare tanquam vtilia, bona, & iucunda, alteratur ab eodem principio conseruandi contrariùs effectus destruẽdi, & causam interitus eiusdem rei conseruandæ, vt exindè nascatur iterum generatio, & deindè iterum corruptio, sic negotium gestum parit de directo actionem competentem, quam dicimus directam, per repassionem verò destruitur actio directa, & nascitur contraria,

prout agens agendo patitur reparitur, & destruitur, & vlterius remanet effectus contrarius ex eodem agente repasso caufatus, vt ex vna eademque pictura prospectiuè causatur effectus contrarius, nempè ab vno loco videtur in se continere faciem hominis, ab altero faciem leonis, sed tamen, omnes deriuantur ab vna pictura, sic ab vno negotio inspicitur actio directa, & exinde actio contraria per diametrum contradictionis, nàm pupillus, verbi gratia, dicit in administratione tutelæ administratæ per Tutorem, se esse Tutoris creditorem, & ideò tanquàm creditor intentat actionem directam tutelæ. Tutor è contrà dicit in altera prospectiua se esse in administratione tutelæ creditorem pupilli, & intentat actionem administratæ tutelæ contrariam, actioni directæ, & sic ex contraria intentione nascitur actio prædicta, quàm dicimus contrariam, positiuè scilicèt, & non actiuè.

Planè diximus in *tract. de hared. act. lib.1.q.1.n.10.* actionem hæreditariam esse ius persequẽdi in iudicio, quod sibi ratione successionis in vniuersum ius, quod defunctus habuit debetur, & subiunximus *n.16.* in prædicta diffinitione comprehendi etiam hæreditariam actio, nem passiuam, ibi, *ex quibus sequitur, quod non quia actio hæreditaria est ius persequendi in iudicio, quod sibi ratione successionis in vniuersum ius defuncti debetur, quæ diffinitio dirigitur, ac dirigi videtur ad solum hæredem agentem pro iuribus defuncti hæreditarijs in vniuersum, excludantur ab ea hæreditariæ actiones passiuè considerata, & sunt vt possit quis conueniri, vt hæres*, ergo quemadmodùm in illa vniuersali actione non comprehenditur actio contraria, sed passiua dumtaxàt, quæ non agit, sed partitur *ad tot tit.C.de hæredit.act.* sic etiam dicendum erit in negotio vniuersali gesto.

Dices, quod adeò actiones passiuæ sunt connumeratæ intèr actiones hæreditarias, quia sic repeciuntur formatæ passiuè in persona defuncti, non quod ipse illas habeat, sed quia contrà eum existunt, & quemadmodùm hæc actio contraria, hæreditaria etiam esse potest, quia transit ad hæredes *Thol. loco cit.* sic etiam dicendum est, in illa vniuersali actione hæreditaria comprehendi, & quod hæredi debetur, & quod contra, cum agi possit ex iure formato in persona defuncti, in cuius persona si repeciatur formata actio contraria erit illa actio hæreditaria contraria, & sic non obstat tale obiectum: imò magis stringit in terminis diffinitæ actionis hæreditariæ.

Sextum erit symbolum intèr commodatum, & depositum, quia licèt quoad commodatum, & depositum circa vsum sit dispar ratio, cùm commodatum detur ad vtendum, depositum verò secùs, aliàs vtens depositarius re depositata committeret furtum *d.l.si sacculum, & in l.3. C.eod.* tamèn quoad fiduciam symbola sunt, vt patet in *cap. ius naturale*, ibi, *deposita, vel commodatæ pecuniæ restitutio 1.dist.*

16 Septimum erit symbolum intèr commodatum, & depositum, vt quemadmodùm in deposito, data facultate vtendi, dicatur illud esse irregulare, vt supra probauimus in *l.Lucius, & in l.die sponsaliorum*, vel vt meliùs secundùm nost ã interpretationem transit in mutuum, & retinet naturam depositi; sic etiam commodatum, quando datur cùm pacto, vt eadem species reddatur, transfert omne in accipientem dominium, secundùm *Bell. d.cap. 16. supput.*

17 Octauum erit symbolum intèr commodatum, & depositum, vt quemadmodùm commodatum triplici modo contrahitur, vt in *cap. 1. de commod.* nempè gratia commodatarij, gratia commodantis, & gratia vtriusque, qui gratia sui tantùm commodatum accipit de læuissima tenetur culpa pro rei interitu, vel deterioratione, alioquin enim sine culpa, & dolo per senectutem contingens, vel morbo, vel ex latronum ereptu, non est, quid imputandum sit ei, qui commodatum accipit, neque quod incendio, ruina, vel naufragio sine culpa contingit, nisi forsan cum posset res cõmodatas saluas facere, suas prætulit *d.§. commodatum, & seq.ff.eod.* sic de alijs fortuitis *l.in rebus, ff.commod.* nisi alitèr cõuen-

uentum sit *d. §. commodatum, & d. l. 1. C. eod.* quando commodantis gratia tantùm fit, de dolo dumtaxàt tenetur, vt si quis sponsę suæ, vel vxori commodauit, vt comptior incederet, vel si quis prætor ludos edens scenicis commodauit *d. l. sunt certo, §. interdum in fine, ff. commod. l. eum qui rem, §. 1. ff. rei cauf. cõmod.* & si vtriusque causa commodatur, dolus, & læuis culpa considerantur, non autem læuissima *d. l.* in rebus vbi notat *gl. in verbo æstimatio, ff. eod.* sic etiam depositum triplici modo contrahitur, voluntariè, necessariò, & iudicialitèr, de duobus primis ità *Vlpianus in l. 1. §. Praetor. ait ff. depos.* disponit, *quod nec tumultus, neque incendy, neque ruinæ, neq; naufragy causa depositum sit in simplum, earum autem rerum, quæ supra comprehensæ sunt in ipsum, in duplum in hæredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit in simplum, quod ipsius in duplum iudicium dabo.*

18 Quas causas deponendi idcò Prætor separauit, quia, quæ continet furtiuam causam depositionis non ex voluntate, sed necessitate descendentẽ, iustamq; causam intercepit hæc separatio: nempè eligendo quis alienam fidem spõtè, nèc depositum redditur, contentus est simplo dumtaxàt, sibique imputet, qui non diligentiori commiserit, cùm fuerat in eius potestate non credere, vt in *§. præterea instit. quib. mod. re contrah. oblig.* quando vero necessitate cogente quis deponit, quia res moram non patitur, facilè subsequitur, vt perturbato animi iudicio, minùs ideò res commẽdetur, nihil volũtati eius imputari possit, qui electionis libertatem integram non habuit, si quis porrò in eiusmodi causa circumuento necessitatibus amico depositum inficitur, quamobrem maiori odio, pœnaque dignus est, *l. 1. toto tit. de incend. ruin. & naufr.* ergo quamuis *in l. 12. Tabul.* per negationem depositarij, actio in duplum deponenti competeret, edicto tamen Prætoris datur in duplum ex deposito necessario, ex voluntario in simplum *d. l. 1. §. 1. & §. rei persequendę instit. de act.* quia tùnc publicè interest vendicare perfidiam, proindè aduersus eum, qui depositum suscepit in duplum, in hæredem eius propter dolum defuncti pro hæreditaria portione, & in simplum, proptèr dolum in duplum actio datur, vt latè explicat *Iaf. in §. sep. num. 5. 6. & 15. instit. de act.*

18 Iudiciale depositum verò est, quando res, de qua in iudicio controuersia est apud aliquem deponitur, vt finita controuersia restituatur victori, *l. licèt in principio, ff. depositi, l. interesse puto, ff. de acq. poss. l. sequester, ff. de verb. sign. cap. examinata de Iudic. cap. 2. de dolo, & contumacia cap. 1. cùm seq. de seq. poss. & fruct. Clem. vnica eod. tit.* & fieri coram Iudice creditoris, non verò eùm Iudice debitoris *Salgad. labirinth. credit. par. 5. cap. 2. §. 2. n. 27. vers. infertur, Rodr. de redd. lib. 2. q. 28. num. 54.* quicquid dicat *D. Consil. Prat. lib. 1. obser. forens. cap. 26.*

Vel clariùs distingue per bimembre, quod depositum in hoc aliud est extraiudiciale fit per electionem deponẽtis, quia ipse potest eligere quemcumq; voluerit, quia nulla est controuersia, & sibi imputet, qui parum fidelem, vel diligentem elegerit. *l. 1. §. is quoque apud quem, ff. de act. & obligat. d. §. prętereà* eùm alijs congestis per *Manticam de tacit. lib. 10. tit. 2. sub num. 3.*

19 Sub hoc extraiudiciali deposito cõcurrere potest sponsio, quæ similitèr depositum est, sed quæ ad certas res depositum contulit, & habet controuersiam, ob quam fit, sed non rerum depositarũ, vt sequestrum, sed ob alias causas honestas, quando aliquæ res, ea lege deponuntur, vt victor aliqua ex re honesta fuerit, accipiat, nos vocamus *scommessa*, cuius exemplum refert *Plinius lib. 9. cap. 35.* cùm narrat de vnionibus, quos *Cleopatra* partim absumpsit, vt spõsionem cùm Antonio factã ipsa vicerat, erat sponsio inter ipsos) admirãte Antonio de miro conuiuij Cleopatræ modo) quod Cleopatra in Onoacetario consumeret patrimonium tercentorum millium ducatorum, incredulo Antonio adhibuetunt, & ipsi appretiat ores; vndè Cleopatra coram expertis sibi deferri iussit paropsidem plenum aceto, cui adiunxit vnam ex vnionibus pendentibus à suis auribus, qua fracta, cũ

aceto:

aceto conglutiuit, fumeti Cleopatræ alteram ab altera auricula, dixerunt appretiatores, sufficit, nàm victrix existis, cùm iàm appretiamus acetorium maioris valoris, quàm pollicita es; & *Demetas apud Virgiliũ Egloga* 3. sic pollicitur.

Vis ergo intèr nos quid possit vterq; vicissim
Experiamur; ego hanc vitulam (ne parte renoscas,
Bis venit ad Mulctram, binos alit vbere fœtus)
Depono: tu dic, mecũ quo pignore certes?

Quod excerptum, ait *Tholos. syntagm. iur. vniuer. lib.* 23. *cap.* 3. *sub nu.* 6. *à Theocrito Eidyllio cap.* 8. apud quem *Menolcas* primus sic ait

Men. *Vis ne igitur videre, vis ne deponere præmium victoria?*
Daph. *Volo hoc videre, & volo deponere præmium.*
Menal. *Verum quid deponemus, quod satis dignum sit?*
Daph. *Vitulum ego deponam, tu vero depone agnum aqualem Matri.*

De qua quidem sponsione rectè de re honesta agi potest, vt patet apud *Grinell. decis. Thol.* 57. *sub n.* 8. *vers. verum his non obstantib.* dicebatur in illo casu pro parte contraria. Primo contractum illũ in scriptis redactum, nullatenus valere, nullamque actionem parere, quia huiusmodi sponsiones: cum à futuro fortunæ euentù omnino pendeant, recidunt in aleam, quæ semper fuit detrimentũ prodigalitatis instrumentum, ex quo plures ad inopiam redacti grauiora facinora plerumque agressi fuit, *l. fin. C. de relig. & sumpt. fun.* vetitam legibus aleam dixit etiam *Horatius lib.* 1. *Odar. od.* 25. *Vlpian. in l.* 1. *ff. de alea vsu, & aleat.* quarũ vsus olim militibus erat permissus, postea verò interdictus *d. l. fin.* Vndè Germani secũdum *Tacitum ff. de morib. Germanorum*, licèt sobrij aleam exerceant; tanta lucrandi, perdendiq; cupiditate, vt cum omnia defecerunt, extremo, ac nouissimo facto, de libertate, ac de corpore contendant: Vndè Plato rectè adnotasse videtur in *Phædo*, aleam, & reliquas perniciosas artes à Dæmone, quẽ nominat *Theuth*, inuentas esse, & ad Thamum Ægipti Regem delatas. *Arist.* 4. *Ethic. ad Nicoma. cap.* 1. aleatores, fures, atque latrones illiberales dicit esse, quia turpi in lucro versantur, & omnia quæstus causa sustineãt probra: Vnde quemadmodum non est permissum in pecuniã ludere, nisi in duobus casibus, nempe virtutis, vel vescendi gratia, *l. solent.* §. *Senatus consultum, & l. quod in contrario ff. de alea vsu, & aleat.* ità nec licet sponsionem facere. *l. in quibus rebus* 3. *ff. de aleat.* vbi constitutio de ludo, & alea locum habet, & in sponsione, & ad eam expresse extenditur, quod non ab re: cùm par, vbique ratio militet, nempè quod stultũ est, & periculosum se se viribus fortunæ cõmiscere, & ità res suas erũpere, vt voluit *Paris à Puteo in tract. de ludo in verbo ludus virtutis.*

Secundò, quia si in eo etiã aleæ lusu, qui fit virtutis causa non est licitum etiã ditioribus vltra vnum solidum, idest aureum ludere, cæteris verò longe minori pecunia, vt si quem vinci contingerit casum grauem non sustineat. *d. l. fin.* multo minus in casu nostro vbi ingens pecunia aduersæ fortunæ panditur.

Quarto ex improbatione omnium sapientum, tàm in Theologia, quam in iure canonico, & ciuili versantiũ, de quibus apud eundem *Grinell. d. decis.* 57. *sub n.* 7. *vers. quarto accedat.*

Pro sponsionis validitate in casu relato à Grinello affertur ex Theologis, *D. Thom.* 2. 2. *q.* 35. *art.* 7. *Sotus de iust. & iur. lib.* 4. *q.* 5. *art.* 2. *concl.* 4. *& lib.* 6. *quæst.* 7. *art. vnico. Ioan. Merlin. de restit. q.* 22. *Conrad. de contract.* cum cæteris longa remissione citatis *à Grinello loco cit.* id probãt ex textu *in l. si rem tibi* §. *si quis sponsionis ff. de præscriptis verbis, & l. à Titio ff. de verb. sign.* quibus cauetur conuentionem sub incerta conditione quæ pendet à futuro fortunæ casu valère, & actionem producere, vt autumat *Grinell.* respondens ad contraria.

Et sic hodie potest communitèr hoc dignosci in ludo brauij consequendi in cursu, vel hominum, vel animaliũ, prout antiquitus *lege Publicia, Titia, & Cornelia*, secundum *Martianum Iurisconsultũ in l.* 2. *ff. de alea vsu, & aleat.* sponsionem fieri vetitum erat ex alijs rebus, quàm pro certamine, quod virtutis cau-

sa fieret, quemadmodum Senatus consultum vetuit pecuniam habere, prætquàm si quis certet disco, vel pilo, iacendo, currendo, saliendo, luctando, pugnando virtutis causa, tùnc enim datur depositi deponenti tantùm repetitio. *l. si rem 19. §. fin. ff. de præscript. uerb.* & in nostro Regno adsunt diuersæ Regiæ constitutiones circa ludus, & vsus aleæ, & taxillorum, de quibus *in rubr. de aleis, & aleatoribus.*

19 Hæc depositio, siuè extraiudiciale depositum in suprapposita causa habet in se conditionem, vt si viceris debeatur, qua non adimpleta non debetur, Vndè pluribus currentibus, luctantibus, & honestè certantibus, non omnibus, sed cui vicerit debetur, iuxtà illud D. N. I. C. non omnes qui currunt accipiunt *Brabium*, vt perbelle apud *Vasq. illustr. contr. cap. 91.*

Item talis depositio siuè extraiudiciale depositum continet similitèr in se obligationem, quæ de pluribus causis fieri solet. Quarum prima causa ea est ad moræ purgationem, hoc enim in casu sufficit sola extraiudicialis oblatio absque deposito sinè consignatione, per *text. in l. illud, ff. de peric. & comod. rei vend. & in l. si seruum, §. vlt. ff. de verb. oblig. Natta conf. 631. col. 2. vers. ad prædicta lib. 3. dicens num. 3.* hoc in casu solam oblationem sufficere etiam si non ostēdatur pecunia, aduersùs quam oblationem, datur cautela pro parte creditoris, ne debitor liberetur à mora, vt dicat, sum paratus accipere, vt testatur *Menoch. de arbitr. lib. 2. casu 232. in princ. cent. 3.* prout etiam in iudicijs practicatur in depositione facienda per partem, nè ipsa sit in mora, & procedere possit ad vlteriora, dicit pars offert deponere.

20 Secunda est causa, ob quam fieri solet oblatio ad impediendum scilicèt cursum vsurarum, quando nondùm cæperunt currere, tùnc sufficit sola oblatio, *l. si per te, & l. ex prædijs, C. de vsuris,* quando verò iam cæperunt currere nō sufficit sola oblatio, sed requiritur etiam consignatio, & depositio, *l. si creditori, C. de vsur. Bald. in l. acceptam q. 6. C. eod. vbi Castr. num. 7.* & licèt hoc in casu dubitet *Menoch. ex doctrina Parisiens. in tract. de vsur. q. 39. & 40. contrarium tenentis:* tamen hæc opinio est canonizata ab omnibus recensitis per *D. Reg. Capyc. Latr. consult. 37. sub num. 14. vol. 1.*

21 Tertia est causa, qua fit oblatio, nempè ad euitandam pœnæ commissionem, vt in hoc equidem casu sufficit sola oblatio ipsa *l. Celsus in princ. ff. de arbitr.* quoad euitandam pœnam legalem non vero conuentionalem, vt *Bald. declarat. in d. l. acceptam in 3. oppositione, et in quæst. 31. C. de vsur.* & *Ias. in cons. 9. n. 14. lib. 1.* & idem quando debitum est conditionale, *l. si post diem, §. item si qua, ff. quando dies leg. ced. Menoch. d. casu 132. sub num. 3.*

22 Quarta est causa, quando fieri solet oblatio scilicèt vt pignus liberetur, & tùnc secundùm *Menoch. loco cit. sub n. 4.* constituendi sunt tres casus. Primus est, quando hæc oblatio fit in iudicio, tali in casu ipsa sola operatur ortum pignoratitiæ actionis, *l. si quis §. vlt. cum l. seq. ff. de pign. act.* Secundus casus est, quando oblatio fit extra iudicium ad parandam actionem pignoratitiam, hoc casu non sufficit sola, quia requiritur tùnc ipsa consignatio, depositioq; *l. acceptam, C. de vsur. l. inuicem, C. de compensat. l. nèc creditores in fine C. de pign. act. et l. si resid. C. de distract. pign.* Tertius casus est, quando fit oblatio extra iudicium ad petendam solam exceptionem, hoc sanè in casu sufficit sola illa oblatio, *l. litē liberatur, §. qui patitur, ff. quibus modis pign. vel hypoth. solut.*

23 Quinta est causa, qua fit oblatio, nēpè quando fit ad eximendum se ipsum à periculo, vel ad illud transferendum in aduersarium, hoc itidem in casu sufficit sola oblatio facta tamèn loco, & tempore congruo, *l. si soluturus, ff. de solut. l. qui decem in princ. ff. eod. tit. l. illud, ff. de peri. et commod. rei vend. et l. si ex legati caus. ff. de verb. obligat.* & hoc in casu obseruat *Menoch. ibid. sub num. 7.* quod debitor generis oblata ipsa quantitate liberatur ope exceptionis, debitor verò speciei liberatur ipso iure ex Doctoribus inibi per ipsum.

24 Sexta causa est, qua fit oblatio, nempè quando fit à possessore reo conuento hy-

hypothecaria à creditore, quia huic possessori iure permittitur liberare se à creditore hypothecam habente in re illa possessa, offerendo creditum ipsi creditori, *l.Paulus*,§.1. *ff.quib.mod.pign. vel hypoth.solut.* imò dicit *Menoch. loco cit.sub num.*7.oblationem hanc fieri posse etiam à malæ fidei possessore, prout probatur in *d.l. Paulus*, §.1. *secundum gl. in l.mulier*,§.*iustus*, *ff.qui pot.in pign.habeant*, *Afflict.decis.*259.*in fine*,*Crauetta cons.*298.*col.*1.*Ang.Aret.in* §.*item si quis in fraudem col.* 1. *instit. de act.* ratio assignatur,quia creditor agens hypothecaria non concludit ad rem præcisè, sed donèc, & quousque soluatur debitum, & ideò si possessor malæ fidei offerat debitum, id facit volente ipso creditore, & talis oblatio fieri potest vsque ad litis contestationem in causa executionis iudicati, *Afflict.decis.*187. *num.*4. cùm cæteris relatis per *Menoch. loco cit. sub num.*10.

25 Septima est oblatio, de qua apud nos quoque *in tract. de assistentia quest.* nempè quando posterior creditor habens hypothecam offert priori creditori, quod ei debebat debitor, qui ei pignus vendidit, vel in solutum dedit, est in hoc casu iure elargitum ipsi creditori possessori sic offerre, & suam hypothecam informare, *l. potior*, §.*vlt. ff. qui pot.in pign. habeant*, & *l.*1.*C.si antiq. credit.pign.vend.*

26 Octaua causa,ob quā fieri solet oblatio iuxta ordinem *Menochij loco cit. sub num.*12. *versiculo octaua causa est*, quando scilicet debitor vult se liberare à debito, quo suo creditori tenetur, tùnc regularitèr oblatio iudicialis sufficit ad liberandum debitorem, *Surd. cons.*385.*num.*34.*lib.*3.*et cons.*322.*nu.*7. *Grat. discept.forens.cap.*8.*n.*18.*lib.*1. *Donellus enucleatus lib.*16. *cap.*13. & quod oblatio facta in iudicio operetur idem, quod consignatio extra iudicium probat *Bald. in l.si in rem*, §.*si ante*, *ff. de pignor.act.*& quod operatur idem, quod realis oblatio, & depositum, probat etiam *cons.*644.*num.* 24. *Benintenda decis.*77. *Ioseph Ludou.decis.*105.tamèn in hoc casu sunt alij subdistinguendi casus. Quorum

Primus erit quando res debita est immobilis hoc enim in casu sufficit sola oblatio *Auth.dos data*, *C.de donat. ante nupt.et l.*2.*C. quādo, et quib.lib.*10. dummodò debitor offerens,constituat se nomine creditoris possidere, secundùm *Menoch.loco cit.num.*16.

Secundus est quando debetur res mobilis, nempè pecunia, sed debitum non est certū,& liquidum,sicuti quando inter creditorē,& debitorem conficiēdi sunt calculi, hoc casu sufficit sola oblatio alicuius summæ, & protestari se paratum esse soluere residuum, cuius,confecto calculo apparebit debitor, & si sit soluendo debitor non tenetur pro residuo illo præstare fideiussorem, secùs si non est soluendo *Menoch. post Saisell. in d. l. mora num.* 6. *et* 7. affirmat *loco cit. num.*14 *et* 15.

Tertius est casus, quando debetur pecunia,sed creditor cui facta est oblatio expresè recusat eam recipere, hoc enim in casu sufficit ea sola oblatio, nisi creditor iustam causam recusationis alleget, vt post plures longa remissione citatos per ipsum probat *Menoch. ivibi, sub num.*16.17. *et* 18.

Quartus est casus, quando debetur certa quantitas pecuniæ, & creditor nō recusat, sed vult recipere,hoc enim in casu non sufficit illa sola verbalis oblatio, sed requiritur depositio, & consignatio per *text. in l.obligatione*, *ff. de solut.et l.*1. §. *pecunia*, *ff. depositi*, & tradit post alios *Menoch. loco cit.sub n.*19. & in hoc vt rectè dicatur facta depositio, & realis consignatio plura requiruntur. Primo, quod ipsa pecunia coram testibus numeretur. Secundo, quod sit integræ summæ, & quantitatis, nullo deficiente obulo. Tertio,quod offeratur interesse vna cùm vsuris. Quarto, vt offeratur idem,quod debetur, non verò diuersum. Quinto,quod fiat pecuniæ probatæ, & currentis. Sexto, quod fiat authoritate Iudicis. Septimo, quod interpelletur creditor ad recipiendum suum creditum. Octauo, quod fiat opportuno loco, & tempore, prout Iudici videbitur. & Nono, quod fiat limpide,& purè absque aliqua conditione, nec protestatione,secūdùm *Menoch. loco cit sub n.*20. *vsque ad fin.* 27 Et

27 Et hoc erit iudiciale depositum, & dicitur sequestratio, quę sanè vox à verbo sequestrare fluxisse videtur, *l.si cùm dotem*, §. *sin autem vers.si vero*, *ff. solut matr. cap. Episcopus* 77. *dist. cap. cùm bos* 33.*quest*.2. quæ sequestratio triplex est, voluntaria, quæ fit ex partium conuentione, debetque semper Iudici esse grata *l*.1.§.*indè queritur*, *ff. de oper*, *non.nunciat.* Necessaria, quæ fit, cogente Magistratu, maximè si scandali, rixæque periculum imminet arg.*l*.1.*æquissimum in princ.ff.de vsufr.* Mixta, quæ fit Magistratus Imperio, legis authoritate, & partis petitione, vt in casu *l.si fideiussor.§.fin.ff. qui satisd.cogant.* explicat *Berocius in cap. quoniam contrà extrà de probat.num.*106. *Menoch. de arbitr. casu* 87. *num.* 110. & quomodo Iudex gerere se debeat in sequestro, vide *Tholos.loco cit.sub n.*12.

Vel dicas, quod quemadmodùm cōmodatum fit gratia commodatarij, gratia commodantis, & gratia vtriusque, sic etiam depositum fit gratia depositantis, depositarij, & vtriusque: imò gratia tertij tantùm, quandoque gratia omnium simul vt probat *D.Reg.Rouit.decis.*13.*sub n.*15. & de alijs modis testatur etiam *Mantica d.tit.*2.*sub num.*8. *et* 9.*post Bart. in l.quod Nerua num.* 30. *ff. depositi*, qui secundùm illos modos docet, quando quis teneatur de dolo, & culpa lata, leui, & leuissima, vide *Tholos. loco cit. sub num.*16. & de annotatione bonorum, lite pendente, vide apud *Thor.compend. decis.Regni par.*2.*in verbo annotatio fructuum.*

28 Nonum erit symbolum intèr commodatum, & depositum, quod sicuti res propriæ commodatarij sibi commodari non possunt, vel pecunia dari, sic nèc etiam res propriæ depositarij deponi apud eum possunt, *l.qui rem*, *ff. depositi*, *l. neque pignus*, *ff. de reg.iur.* in proprijs terminis *Petrus Gregor. Tholos. Syntagm. iur.ciuil.vniuers. d.cap.*3.*sub num.*8.*vers. ego deponi.*

29 Decimum erit symbolum intèr commodatum, & depositum, quod licèt hi duo contractus re perficiantur, nō tamē consensum excludunt, quia nullus est contractus, qui non habeat consensum, *l*.1.§.1.*ff.de pact. l. intèr stipulantem* §.1. *ff.de verb.oblig.* etiam si fiant voluntate coacta per Iudicem, quia tùnc etiam voluntate fiunt, ex primo illo consensu, quo tenetur depositans, & per quem postmodum à Iudice compellitur.

Et circa hoc notant Doctores, quod si seruus meus rem meam tibi scienti, me nolle tibi commodare, commodauerit, et commodati, et furti nascitur actio, et condictio ex causa furtiua, *l. si seruus meus*, *ff. de commod.* vbi *Bartolus* notat, quod ex eodem fonte duæ possunt oriri contrariæ actiones diuersis respectibus, et *gl.* similitèr signat, quod si Dominus agit commodati, non potest agere furti, quia ad hoc, vt commodati agere possit mutuum habere debet, quod à seruo actum est, *l.si seruus alienus in fine*, *ff. de fideiuss.* neque enim agere potest furti, qui agit commodati, quia huiusmodi actiones in exercitio sunt sibi inuicem contrariæ, *l. si cui res sit commodata*, *ff.de furt.et l.*1.*C.eod.tit.* et si origine non sint repugnantes, quia furtum fit respectu Domini, qui contradixit; cōmodatum autem respectu contractus celebrati cùm ipso seruo, qui vtrique consentit, vt *Bart.* explicat *loco cit.*

Et sic ab hoc fonte deducitur, quod sicuti commodatum non potest cùm furioso contrahi, sed cùm eo ad exhibēdum agi potest, vt res exhibita vendicetur, *l.nec in furiosum*, *ff.commod.* sic etiam in deposito, quia par est ratio.

31 Deducitur secundo, quod cùm Pupillo, sine Tutoris authoritate non intelligitur contractum esse mutuum: donec facto pubere constiterit, dolum, aut culpam admisisse, commodati actione non potest conueniri; quia ab initio non constitit. *l. obligari in princ. ff. de auth. Tut.et l.*1.§.*vlt.ff.commod.* Cæterùm magis receptum est, vt si pupillus ex commodato factus est locupletior secūdùm rescriptum Imperatoris vtili commodati actione conueniri potest, *l.*3.*in princ. ff. commod.* quinimmò si proximus est pubertati: cùm commodatum accepit, & dolum commiserit, potest commodati actione conueniri, quamuis locupletior factus non sit, quia iure saltim naturali obstrictus intelligitur, vt inibi per *gl.* & post eam *Bart.in l.*1.§.*vlt.in princ. eod.*

Digitized by Google

eod.tit. sic in deposito, in quo, & si non possit vtilitèr deponi, vt indè detur actio, penès Pupillum doli non capacem, & si deponatur, actio depositi in eum dumtaxàt conuenit, in quantum locupletior factus sit, non vltra *l.1. §. ac in pupillum, ff. depositi.*

32 Deducitur tertio, quod licet neque depositum, neq; commodatū rectè fiant penès seruum, neq; in eum detur actio, etiam si posteà manumittetur deposito facto, pendente seruiture, nisi eo tempore dolosè, & malitiosè circa talia se gesserit, tùnc tamen delictum noxam sequitur *d.l.1. §. apud seruum, ff. depositi*, & nisi post manumissionem seruus rem depositatam, vel commodatam teneat, *l. apud fil. fam. ff. eod.* tamèn si libero homini, qui mihi bona fide seruiebat, quasi seruo rem commodauero, vel deposuero, is mihi commodati, depositiuè tenetur. Neq; officit, quod non hoc animo cùm eo, qui bona fide seruiret cōtraxerim, quasi eum obligare voluerim, quia plerumque accidit, vt extra id, quod agitur tacitè nascatur oblatio, veluti cū per errorem indebitum solutum est, *l. is, qui commodatum, ff. commod.* elegantèr per *Manticam loco citato sub num. 6.*

33 Superest pro instituto quæsito videndum, ex quibus commodatum, & mutuum sint symbola, & erit

Primum, vt quemadmodùm commodatum re contrahatur, sic etiam & mutuum, sunt enim ambo contractus qui re contrahuntur, licèt non præter intentionem, & consensum partium, vt sufficienter diximus supra, ne iterùm nouis allegationibus graueris, & crede mihi, quod vsus allegandi longissimam turbam Doctorum, magis vitium est ingrauascens stomacum legentium, quàm pompa allegantis ea quoque, cum ab vno dictum ab omnibus intelligi debeat, & si mille cum sequantur, tàm si bene, vel male dixerat primus: cùm nō consistet causæ victoria in longa Doctorum remissione allegata, verùm in vna dumtaxàt syllaba rationē dictāte.

34 Secundum symbolum est intèr commodatum, & mutuum, vt quemadmodum commodatum fieri potest à quocumque cui non est interdicta libera administratio suorum bonorum, eiusmodi sunt furiosi à mente, ebrij, pupilli, minores, & alij similes, de quibus *in l. is, cui bonis, ff. de verb. oblig.* sic etiā, & mutuum potest à quolibet liberè sua bona administrante fieri ex eadem ratione symbola.

35 Tertium erit symbolum inter mutuū, & commodatum, vt sicuti commodatū gratis nulla accepta mercede datur, *d. §. item is, vers. commodatum*, sic etiam, & mutuum, quia de natura amborum est esse gratuita, probat *Azor. instit. Moral. lib. 7. cap. 5. parte 3. lit. F. vers. quarto mutuum sua natura.*

36 Quartum erit symbolum intèr commodatum, & mutuum, vt quemadmodū mutuatarius potest contraria actione commodati agere contrà mutuantem, pro damno passo ex re sibi vitiosa commodata, vt si vitiosa dolia, vel vasa in quæ infusum vinum, vel oleum, effusa sunt, vel corrupta: nàm contraria actione tenetur commodans vt supra diximus, & voluit etiam *Tholos. Syntagm. iur. ciuil. vnin. d. lib. 23. cap. 1 sub num. 10.* sic etiam mutuans, qui scienter, & mala fide mutuum dederit pecuniam falsam, vel in substantia, vel in quantitate, vel in qualitate, ex qua passus est, qui mutuum accepit secundùm *Azor. inst. moral. d. lib. 6. cap. 6. in princ. par. 3.* vbi dicit hoc deberi ex ipso iure naturali.

37 Quintum erit symbolum intèr commodatum, & mutuum, quia quemadmodum commodans ante tempus datum ad commodatum fruendum, non potest commodatarium molestare, vt suprà hactenùs probauimus, sic etiam mutuans nō potest illud repetere ante vsum eius expletum, vel ante tempus constitutum, nisi pari necessitate vrgente præmeretur, ac in æquale damnum incurreret mutuans *Bart. & Bald. in l. si parem, ff. de verb. oblig.* qui etiam referunt non posse repeti incontinenti, quàm fuerit datum, etiam si is, qui dedit, diceret do tibi mutuum; quoad mihi placuerit, ne mutuum reddatur infructuosum, vt notat etiam *Abbas cap. precarium num. 2. de precario, Facch. contr. iur. lib. 2. cap. 52.*

38 Sextum erit symbolum inter mutuū, & commodatum, quia quemadmodum nullo

nullo præfinito tempore commodatum datum fuit, debet arbitrarium tempus statui, ad commodè vtendum commodato, ne aliàs infructuosum sit commodatum, sic etiam in mutuo statuitur *Abb. in d.cap.precarium num.*11.*de precar.Menoch.de arbitr. Iud. lib.* 2.*casu* 22. *Petrus Ioann.Anch. quæst.*38.*lib.* 2. vbi rectè ait prædictam exceptionem opposuisse, ex quo mutuum redditurum non cogebatur; sed quia adhùc elapsi non erant quindecim dies, ex quo mutuum acceperam, neque ex mutuo aliquid commodi percipere potuisset,licèt aliqui dicant,in commodato seruari debere tempus secundum vsum, ad quem datur *Azor.instit.Moral. loco cit.cap.*7.*lit.B.*

39 Septimum erit symbolum intèr commodatum,& mutuum,quia quemàdmodùm in cōmodato duplex datur actio, directa,& contraria,directa commodāti eiusque hæredibus in eum, qui commodatū accepit,& in eius hæredes, is enim qui commodatum datum iure petit ab eo,qui accipit, vt restituat rem commodatam eadem in specie, secundùm nos, vel secundùm Philosophum eadem in substantia, & numero; prætereà, si intèr dantem, & accipientem pactum fuerit; vt rem certo loco, & tempore redderetur,iure agitur in accipientē, vt pactum seruet; sin minùs damnum reficiat, *l.si vt certo in princ.ff. commod.* contraria actio competit ei,qui commodatum accepit in eum,qui dedit: Nàm primo iure petit vt damnum resarciat, quo affectus est, ablata ei re ante tempus constitutū, vsumq; expletum *d.l. in commodato,§.sicut,ff.eod.* Secundo iure agit in commodantem, vt sibi soluat impensas necessarias,& maiores, quas res ipsa iure naturali postulabat, ob eam namque causā, qua rem commodatam refecerit, seruū, vel æquum commodatum morbo affectum curauit *d.l.in commodato, d.l.in reb. ff.eod.*sic in mutuo,in quo etiam directæ, & contrariæ actiones dantur, vt suprà hactenùs diximus.

40 Octauum erit symbolum intèr commodatum,& mutuum, vt quemadmodū in commodato non solùm datur directa, & contraria actio, sed similitèr datur vtilis directa, & vtilis contraria, vt probat *Petrus Gregor. Tholos. Syntagm. iur.ciuil.vniuers.d.lib.*23.*in fine,* & sic in mutuo.

41 Nonum erit symbolum intèr commodatum,& mutuum, quia eadē causa, qua cōtrahitur cōmodatum,cōtrahitur etiā & mutuū;licèt diuerso effectu: nam causa cōmodati est, vt res commodata officio amicitiæ transeat à commodante in commodatarium, & res mutuata eodē ex officio sic etiam mutuatur,& constituitur, vt supra hactenùs diximus.

42 Decimum,& vltimum symbolum est intèr commodatum,& mutuum,vt quēadmodum commodatum in proprio Domino rei commodatæ permitti non potest, sic nèc etiam res propriæ mutuari possunt ipsi Domino rerum, vt diximus hic supra *cap.* 28. *vers. nonum erit symbolum intèr commodatum, & mutuum.*

A R G V M E N T V M.

An mutuum, & depositum ex neutro contractu sint symbola.

S V M M A R I V M.

1 *Mutuum, & depositum quando neutra sunt symbola.*
2 *Contractus in dubio qualis sit.*
3 *Leges adaptantur frequentèr ad ea quæ non de raro accidunt.*
4 *Charitatis effectus.*
5 *Depositum minùs nocet, quam mutuum.*
6 *Consignatio pecuniæ absque causa cui contractui adhæreat, referuntur nonnullæ opiniones, refertur opinio Authoris,n.*7.
8 *Donatio intèr viuos quando inualida, ref.rtur pulcher casus per discursum in vna Cerreti allegatione.*

C A P. III.

1 Poterunt neutra esse symbola mutuum, & depositum, quando quis

 simpli-

simplicitèr amico suo dixerat, *Accipe hanc pecuniam*, nulla facta expressione, in quam causam pecunia illa datur, ex quo disputatio est intèr Doctores, an tùnc dicatur mutuum potiùs, an verò depositum, vel etiam donatio, & in dubio quisnam contractus intelligatur. Nos dignoscemus naturam eiusmodi neutri contractus ab argumentis, quæ subsequuntur.

2 Et primò, quod cōtractus ille sit magis interpretandus, vt sit mutuum, quia salua partium læsione ab officio proficiscitur, vt sit finis optimè ordinatus Reipublicæ, & charitati, quod de iure diuino probatur *Deuth.* 15. vbi, *ex fratribus, qui moratur intrà portas Ciuitatis tuæ, in terra, quàm Dominus Deus daturus est tibi, ad paupertatem venerit, non obturabis cor tuum, nec contrahes manum, sed aperies eam pauperi, & dabis mutuum, quo egere eum prospexeris*, igitur Dominus iubet; vt non depones, vel dones, sed mutuas dumtaxàt officij causa, vt finis sit charitati, & Reipublicę ordinatus, ergo sic in dubio præsumendum est, vt sit factum, vt Deus exposcit.

3 Probatur secundo ex regula legis, quæ adaptari solet, quibus frequentèr non quibus semèl verbis accidunt, *l.* 3. *ff. de leg.* sic *Soloni de Parricidijs* forsan lex ferenda non fuit, quod id scelus, aut nunquàm, aut raro solet accidere, vel euenire, sic de *Lazaro resuscitato*, non fuit quærendum an reciperet bona, & vxorem, de quo si quid constituendum est, meliùs est, cum bona, vxorem, liberos, baptismum, & cætera recuperare, secundùm *Abb. in cap. pen. de frig. & malefic. gl. cap.* 2. 32. *q.* 2. cùm restitutio comparatur, quando quis ex restitutionis beneficio recipit honorem, bona, & alia, sed frequentiùs accidit mutuum, quàm alius contractus, quando agitur de perdendo: cùm nemo præsumatur suum iactare ad sensum cuiusque hominis, ex lege antiqua hoc in specie statutum erat, ne quis auro, vel argento possideret plus pecuniæ, quàm sexaginta sextaria, vt frequentiùs indigentibus alijs mutuo darent *Dionysius Cassius lib.* 41. *hist. Roman.* igitur potiùs præsumendum est mutuum, quàm alius contractus, ab eo quod frequentiùs accidere debet, & potest, quod argumentum concludit *Dec. cons.* 279. & 280. *Rota Gen. decis.* 6.

Probatur tertio ex sæpè allegato textu *in l. huius, ff. depositi*, vbi differentia constituitur inter depositum, & mutuū: nàm dicitur mutuum, quando pecunia numeratur, & traditur, est autem depositum, quando pecunia numeratur, & deponitur, seù cōmodatur, vt illam met suscipiens restituat, quod non fuit dictū in illa pecuniæ præstatione, ergo fuit potiùs mutuum, *l. mutuum damus*, §. *creditum*, ibi, *mutuum non potest esse nisi perficiatur pecunia*, *ff. eod.*

Probatur quarto ex *tex. in l. in naue Saupheij* 34. *in prin. vers. idē iuris esse in deposito*, vbi, si quis pecuniam numeratā ita dederit, vt neque clausam, neq; obsignatam traderet, sed adnumeraret nihil aliud debere apud quem depositū esset; nisi tantundem pecunię solueret, *ff. loc. et conducti*. His verbis significasse videtur *Alphon.* numerationem ostendere mutuū irregulare, respōdetur, ibi, *iam constabat ipsius actus substantia, quæ vnum ex duobus significabat, hoc est, vel mutuum, vel depositum.* Arbitrabatur, proindè, quem contractum magis ostenderet, & ostensum fuit, magis significare depositum irregulare, qui alio nomine appellatur mutuum: cæterum diuersum est in casu nostro, quo hæc verba, *Tolle hanc pecuniam*, non sunt restricta ad duas species contractus, vt aut vnam, vel alteram significet, sed ad mutui speciem dumtaxàt, quæ ex pecunia numerata, & tradita constat.

Cæterùm aduersùs, quod non sit mutuum, resoluuntur facillimè suprapositа argumenta, &

Primum resoluitur, respondendo, quod non tantum mutuum est adinuentum ad subueniendum proximum, sed etiam cæteri contractus, qui ab officio

4 proficiscuntur, intèr quos maior est charitas, quæ non quærit quod suum est, nec inflatur, & perperam agit, nec permittit te non præstare quicquid potes etiam inimicis, *D. Aug. tomo* 8. *num.* 108. *lit. L.* quæ in partes distributa non scinditur, sed augetur, vt ipse *Augustinus adnotauit tomo* 10. *nu.* 229. *lit. E.* vndè illud

dare

dare perfectiùs à charitate proficiſcitur, quàm non à mutuo: cùm charitas non retro recipiat, mutuum verò ſecùs, magis præſumẽdum erit, vt fuiſſet charitas, quàm mutuum: vndè non obſtat præceptum diuinum, & antiqua obſeruantia, de quibus ſupra, quia etiam ex tali præcepto magis ad charitatem tenemur, ſine qua non rectè in fide ſuperedificamus, quam ad mutuum ratione maioris effectus in ordinem, & dantis, & recipientis, quam mutui.

5 Non obſtat ſecundùm argumentum, quia quemadmodùm frequentèr accidit in mutuo, ſic etiam frequentiſſimè accidere poteſt in depoſito, quod minùs nocet danti, quàm mutuũ, quia mutuum trãsfert dominium in mutuatarium, depoſitum ſecùs, mutuum non poteſt illico reuocari, depoſitum verò ad nutum reuocari poteſt, & conſequentèr ſemper in intentione dantis inſpici debet cauſa minùs ſibi damnoſa, vt mox dicemus, & proindè non bene currit argumentum frequentèr accidit mutuum, ergo mutuum eſt, quia hæc frequentia æqualitèr terminat mutuum, & depoſitum, ergo ſicuti poteſt dici eſſe mutuũ, poteſt etiã affirmari eſſe depoſitum, ſed mutuum, & depoſitum ad inuicem non compatiuntur in eodem ſubiecto, vt ſupra diximus, ergo non concludit argumentum.

Ad tertium argumentum reſpondetur, apud *Vlpianum* dubitatum non fuiſſe ſuper illa numeratione, quæ habetur pro conſtanti factam fuiſſe cauſa contrahendi mutuum, ſed dubitatio fuit, an ex quo is, qui numerauit ſtipulatus fuerat pecuniam illam alij reddi, poſſit agi condictione pro reſtitutione mutui, & reſpondit *Vlpianus*, agere poſſe, ex quo illa ſtipulatio tanquàm inutilis non eſt operata, vt acquireretur actio ei, cuius nomine ſtipulatio facta fuerat, id quod ſignificant, & alia exempla ab ipſo *Vlpiano* commemorata, & ſic reſpondet *Menoch. de præſumpt. 16. præſumpt. 34. ſub num. 1.*

Ad quartum argumentum reſpondetur, negando id probari ex *textu illo l. lectius la pri. ff. depoſit.* vbi differentia conſtituitur intèr mutuum, & depoſitũ, quãdoquidem, ibi, depoſitum à mutuo ſecernitur ob id, quod in mutuo adhibitum fuit pactum, quod tantundem reſtitueretur, depoſitum verò, quia expreſsè id creditor commendaſſe, ideſt apud debitorem depoſuiſſe: Vndè non mirũm ſi tranſiuit in mutuum retinens naturam depoſiti, vt ſupra probauimus.

Ad quintum argumentum reſpondetur, quod ibi iã conſtabat ipſius actus ſubſtantia, quæ vnum ex duobus ſignificabat, hoc eſt vel mutuum, vel depoſitum; dubitabatur quidem, quem contractum magis oſtenderet, & reſponſum fuit, magis ſignificare depoſitum irregulare, vel etiam mutuum habens naturam depoſiti, vt ſupra diximus, ſed in caſu noſtro alitèr ſe habet factum, quia illa verba, *Tolle hanc pecuniam* non ſunt reſtricta ad duas ſpecies cõtractus, vel vt vnam, vel vt alteram ſignificet, & ſic, aut numeratio, ſiuè conſignatio illa ſignificat dominij translationem, vt in dubio, cauſa ſubſiſtente dominium trãsferre dicatur, *l. ſi ità diſtrahatur, ff. de contrah. empt. & l. 1. & eſt quæſtio, ff. pro dote,* ſiuè non agatur de dominio translatiuo, ex quo actus eſt indifferens, non poteſt dici vt ſit talis, & non talis contractus, & ſic errant *Cyn. in l. interdum, C. ſi cert. pet. at. Bart. Angel. & Caſtr. in l. non quid, ff. eod. & ibidem Alex. n. 12. Iaſ. n. 19. Iaſ. 1. lectura n. 27. & in 2. lect. n. 51. Curt. Iun. num. 16. Butr. conſ. 65. Roman. conſ. 138. n. 3. & conſ. 290. n. 6.* tenentes ſuprapoſitam opinionem.

6 Fuit, & ſecunda illorum opinio, qui conſentiunt, conſignationem illam fuiſſe contractum innominatum, pro quo datur actio in factum præſcriptis verbis, ſic *Roman. in d. l. cùm quid n. 16.* vbi *Alex. num. 38. & Zaſ. num. 42. idem Zaſ. in lib. 2. ſing. reſponſ. c. 13.* mouentur.

Primo ex textu *in l. 1. ff. de præſcriptis verbis*, vbi cum proprium actionis nomen inuenire non poſſumus, actio in factum præſcriptis verbis redditur, exemplo illo vt loco recenſet *Papinianus*, ſic etiam *in l. ſi gratuitam eod. tit.* cũ ambigitur an ſit commodatũ, an præcarium, dicitur cõtractus innominatus, pro quo datur actio præſcriptis verbis, & *in l. 1. ff. de æſtim. act.* ibi, *quoties enim de nomine contractus ambigeretur*, & ſemper in dubio

bio præsumitur contractus innominatus, prout datur actio præscriptis verbis probat *glos. & Doct. in l.elegantèr §. pro, ff. de dolo, Bart. in l.1 num.7. ff. de rer. permut. Ias. in l.2. in princ. n.9. & ibidem Decius in 2.lect. n.6. & in 3.lect. n.12. hoc eod. tit.* quamplurimi alij apud *Tiraq. in tract. de retract. consang. §.30. gl.1. n.36.* cùm igitur in tali consignatione non appareat, qua de causa, quouè nomine tradita sit pecunia, igitur omninò concludendum contractum esse innominatum, & ob id reddi actionem in factum præscriptis verbis.

Ad hanc eorum instantiam respondet. Primo *Decius in l.cùm quid in 1.lect. num.23. & in secunda lect. num.53.* quod nulla est facta numeratio, sed numeratione facta præsumitur mutuum, verùm huic interpretationi repugnat textus in *l.si Titius eod. tit. de præscript. verb. & reprahendit decisum Menochius d.præsumpt. 34. sub num.6. vers. nam huic.*

Respondet secundo *Bolognetus in d. l.2. num.64. in fine*, quod *in d.l.1. & in d. l.si gratuitam de præscript. verb.* erat actũ vt à recipiente illo aliquid fieret, atque ità apparebat contractum fuisse correspectiuum, & propterea si de nomine non constat, contractus innominatus præsumitur, sed nostro in facto alitèr se habet, cùm conuentum non fuerit de restitutione, vel quod, quid aliud fieret de suscipiente pecuniam, ergo non sunt pares termini.

Attamen nèc hæc interpretatio arridet *Menochio loco cit. sub num.7. vers. cæterum, lex hoc non repugnat d. l. gratuitam*, vbi gratuito domus, ad habitandũ fuerit concessa: præterea contractus innominati aliqui sunt correspectiui, vt quatuor illi connumerati in *l.naturalis, ff. de præscript. verb.* & aliqui imò, & multo plures sunt non correspectiui secundùm *Bart. in d.l.naturalis, Ias. in l.iurisg. in princ. n.3. ff. de pact. & in l.cùm mota n.24. C. de transact.* vndè, & si contractus iste, de quo agimus de correspectiuis dici non potest, non tamen indè sit quin sit innominatus ex non correspectiuis, intèr quos est ille contractus, de quo nos supra *tit. 1. cap. 1.* mentionem fecimus *do, vt reddas*, vt hic accomodari possit,

Respondet ipse *Menoch.* inibi, negando carere nomine, quod imò nomen habet, vt ipse demonstrabit ibidem infra, sed de quo nomine non bene concludit *Menoch.* & nos etiam hic infrà explicabimus.

Secundo vrgere videtur subdit *Menoch.* repetendo principia Doctorum hanc secundam opinionem tenentium, quod contractus innominatus tùnc dicitur, quando nomen speciale non habet *l.iurisg. in princ. vbi Bart. & Ias. ff. de pact. idem Bart. in l.vlt. n.46. ff. de cond. ob caus.* atqui contractus iste nõ habet specificum nomen, igitur nullatenùs dici potest contractus nominatus, sed omninò innominatus.

Respondet itidem *Menoch.* quod quãdo apparet de contractu certo, illeq; nõ habet nomen speciale, tùnc dicitur contractus innominatus, sed cũ simus adhùc in dubio, non possumus iudicare esse innominatum, antequam de eo constet; cùm prius agendum sit de substantia contractus, & deindè de qualitate, & nomine.

Tertia est opinio, quod nullus sit causatus cõtractus, sed datur actio possessoria retinendi secundùm *Fulg. in l.cũ quid n.8. in princ. eod. tit. Mola idem affirmat in l.à Titio n.4. ff. de verb. obligat.* ea mouetur *Fulgosius* ratione, quod hæc sit nuda quædam proditio, qua rei traditæ dominium non transfertur, *l.nunquam nuda ff. de acq. rer. domin.* cùm eiusmodi traditio nullam habuit causam antecedentem.

Fulgosio satisfacit *Decius in d.l.vnaque in 2.lectura n. 53. in fine*, id procedere quando pecunia non fuit numerata, sed quando fuit numerata præsumitur quędam causa tacita mutuandi, proptèr numerationis naturam.

Quæ *Decij* interpretata confundũtur ex eo, quia numeratio causam non infert, vt adnotarunt *Curt. & Fulg.* alias nunquam dari possit casus, quod numeratio esset sine causa, quod est inconueniens, nàm cùm traditio specierum plenissimè facta sine causæ expressione sit nuda, *d. l. nunquam nuda*, eodem modo numeratio pecuniæ, quæ est naturalis traditio pecuniæ *l.1. ff. de contrah. empt.*

facta

facta sine causa nuda est, & deindè quãdo quis promittit non expressa causa, quare promittit, vel dat, nuda promissio, vel datio dicitur, atque proindè non obligat, *l. cùm de indebito. §. vlt. ff. de probat.* ità etiam quando quis manualitèr numerat sine causa, tùnc numeratio erit nuda *arg. l. vlt. C. ad leg. falcid.*

Respondet itidem *Curt. Iun. in d. l. nũquid n. 16.* quod in dubio sumitur interpretatio vt actus magis valeat, quam pereat *l. 3. ff. de test. milit. & l. quot. ff. de reb. dub cùm similib.* ergo præsumi debet talis contractus, qui valere possit.

Nèc huic interpretationi deferendum esse, ait *Menoch. loco cit. sub num. 12.* quia non semper regula, quod sumenda sit interpretatio, vt actus valeat habet suum effectum, sed intelligitur, quando habet debitam formam, & dubitatur de eius subsistentia, ità declarant post alios *Ias. in l. quoties n. 3. ff. de verb. obligat. Dec. in l. contrah. num. 13. ff. de reg. iur. Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 34. num. 4.* nos enim sumus in casu contractus validi, verùm ignoramus eius quidditatem, & substantiam, ergo non deferendum regulæ.

Respõdetur vlteriùs tertio, quod dicta *l. nunquam nuda*, intelligatur nulla, à causa habili ad transferendum dominium, vt est, si depositum, vel commodatum est: ità declarat *Albericus* ibi, post *Iacob. Butr.* alioquin nunquam deficeret causa, quia etiam gratuitum effingi poterat.

Quarta est opinio consignationem illam fuisse depositum, secundùm *glos. & Bald. in d. l. sponsaliorum, §. 1. ff. depositi, Castr. in d. l. nunquid n. 9. Alex. nu. 38. Bologn. num. 69. & Coras. in fine.*

Quorum opinio elicitur ex eijsdem medijs, de quibus in prima opinione, nempè, quod id præsumitur, quod est fauorabiliùs *l. cùm de indebito in princ. ff. de probat.* & hinc dixit *Bald. in prælud. feud. n. 11. & cons. 261. col. 2. vers. præterea lib. 1.* in dubio contractum præsumi nominatum, cùm sit innominato famosior, & fauorabilior, at quia depositũ est maximè fauorabile, *l. pen. C. depositi, & l. vlt. C. de compens.* ergo magis præsumitur depositum.

Respondetur omissa *Curtij* responsione, secũdùm *Menochium*, muruum quoq; esse maximè fauorabile: cùm ei tributa sint maxima priuilegia *l. singularia, ff. de reb. credit. & si cert. petat.* & propterea ob numerationem non dicitur hoc propriè depositum, sed posset dici mutuum *d. l. Lucius la 1. ff. depositi*, igitur ex eorum symbolo neutrum est.

Secundo accedere poterit regula, quod in dubio eligenda est via illa, quæ est magis tuta, & quæ vtrique parti cõsulitur, vt tradunt *Castr. in l. 1. in fine, ff. si quis caus. Dec. in l. 2. in princ. in 2. lect. n. 8. & in 3. lect. nu. 12. hoc tit. Menoch. lib. 2. de arbitr. Iudic. casu 199. n. 23. post Bald. in l. bonorũ, C. qui admitt.* at quia depositũ habet viã mediã, & ex ea vtriq; consulitur parti: nàm consultũ est tradenti, qui rei suæ dominium non perdit, est etiam consultum recipienti, qui non renetur si res sine sua culpa, vel perit, vel deterior efficitur, ergo omninò depositum est.

Sed respondetur non esse consultum recipienti, qui si existimasset, pecuniam hanc sibi tradi in causam custodiæ, eam non recepisset, ad euitãdam saltim prætensam eius culpam, & interpretatio fit contra tradentem, *l. veteribus, ff. de pact.*

Quinta opinio est, quod imò hic contractus sit donatio, & eam proponi, defendique posse affirmat *Menoch. loco cit. sub num. 17.* supposito tamèn hoc contractu, tradentem scientèr pecuniam tradere, alioquin nec alius contractus dici posset causatus, ad quod probandum plura media respicit *Menoch.*

Primo se mouet ex textu *in l. quod quis sciens, ff. de cõdict. indeb.* quo loco is, qui indebitum dat repetendi animo, nõ repetit, quia in dubio non præsumitur animus repetendi, nisi id expresserit, ergo præsumitur donatio; quæ repetitionem non admittit.

Secundo refert *text. in l. 1. ff. de condict. indeb. & l. cuius per errorem, ff. de reg. iur. cuius per errorem dati repetio est, consulto dati donatio est*: cùm ità sciens iste dederit, nec animum repetendi declarauerit, dicendum est, donare voluisse.

Tertio probat suam intentionem *Menoch. ex textu in l. donati, ff. de donat.*

qui

qui repeti videtur *in l.donari, ff. de reg. iur.* dùm Iurisconsultus ait, *donari illud videri, quod nullo iure cogente, conceditur*: nàm hic nullum ius, & causa tradere cogunt, ergo est donatio, nèc repugnat (subdit *Menoch.*) quod *I.C.* dixerat, *conceditur*, quod verbum sui natura significat donationem, vt infra dicet, quia illud verbum Iurisconsulti *exponetis*, nèc in verbo illud fundamentum facit, sed solùm in eo, quod traditum est, nullo iure, vel causa cogente, alioquin *I.C.* dixisset *donari videtur, quod conceditur*, & verbum, *concedo*, generale est, & potest ad multas trahi causas, vt inquit *gl. in cap. 1. de vsur. in 6.* possum enim concedere ex causa mandati, precarij, mutui, depositi, donationis, & similium.

Quarto, & vltimo: cùm simus in dubio sumenda est interpretatio contra donantem, *l. veteribus, ff. de pact. l. Labeo la 1. ff. de contrah. empt. l. quicquid astringendę, ff. de verb. obligat. cap. contra eum de reg. iur. in 6.* igitur sumenda est interpretatio contrà hunc numerātem, quod scilicèt donare voluerit, cùm lege apertiùs dicere potuisset, & non dixerat.

Nèc obstat, quod donatio in dubio non præsumitur, dicit *Menoch. ex text. d. l. cùm de indebito in princ. ff. de probat.* quia *d. lex* cum de indebito probat quidem, quod hæc interpretatio debeat fieri contra soluentem in fauorem recipientis: cùm præsumptio sit contrà ipsũ soluentem, qui maluerit iactare suum, & ob id habet probare causam, & errorẽ, sed quando interpretatio hæc fieri debet in fauorem soluentis, & in odium accipientis, ibi non dicitur, sed potiùs contrarium.

Secundo insuper respondet *Menoch.* præmittendo, quod condictio sine causa conceditur, quando quis soluit indebitum per errorem, vel falsam causam expressam, *l. 1. ff. de condict. sine causa*, cũ enim non probatur error, vel falsa causa, nulla præsumi potest causa, quæ præsumi faciat valere traditionẽ: cùm autẽ in dicto casu ex *d. l. cũ de indebito*, ille allegaret ex falsa causa, & per errorẽ soluisse, nèc id probauerit, præsumitur fatuus, & quod voluerit iactare suũ absq; iusta causa, diuersum in casu nostro, in quo nulla causa nec vera, nec falsa expressa fuit, nec error intercessit, sed simplicitèr, sciens dedit, ob id donatio præsumitur, & locum habere non potest cõdictio sine causa, ex quo resultat causa donationis, quia vbi præsumi potest causa donationis, tùnc cessat illa cõdictio sine causa, *Doct. in l. 1. ff. de condict. sine causa*, & proindè cessare videtur obiectio illa, quæ fieri solet ex *l. nunquã nuda, ff. de acquir. rer. domin.* Nã nuda traditio dicitur, quando ex falsa traditur causa, vt is, qui habet animum soluendi, cùm tamen nihil debeat, si soluit, dicitur nudè tradere, atquè ità dominium non transfert: secùs verò quando sciens tradit, quia tùnc non dicitur nuda traditio: cùm præsumatur causa donationis.

Cæterùm hæc *Menochij* interpretatio tanquàm exorbitans & vaga, non potest adaptari specificè in casu nostro: cùm notissima sit assertio ex *l. indebito, ff. de probat.* & alijs, vt per eundem *Menochiũ de arbitr. Iudic. cas. 88.* vbi expresse negat, quod hic affirmat, quare eiusdem opinioni subscribere non potuit se, testatur *Facch. contr. iur. lib. 2. cap. 53. in fine lib. 3.* qui subdit, quod licèt si quis sciens indebitum soluat, aut iure nullo cogente concedat, donare videatur, non tamen efficitur ità esse præsumendum in hac specię: cùm non dicat, quam ob causam tradatur pecunia, an vt debita cùm non esset, an vt accipientis fiat vt quid actum sit.

Hæc *Facchinei* solutio non conuenit *Menochy* interpretationi, quia ideò præsumit donationem intercessisse in casu nostro, quia dubia est solutio: nàm si clara, coniecturis nonindigeret ad sic præsumendum per *Menochium*, & cùm *Facchineus* non euacuet instantias per *Menochium* adductas ad sic præsumendum, nullatenùs audiendus.

7 Tu dices, quod ideò, nèc etiam præsumatur donatio, quia datio isthęc, actus est indifferens, respiciens omnem contractum, qui verisimilitèr à tali pecuniæ datione nasci potest, sed actus indifferens ab vna specie minimè capitur, nec ad solam eiusmodi flectitur absque euidenti

denti coniectura, quod ità fieri intelligatur, ideò non potest dici, dationem illam ad istum actum donationis flexisse, ex quo solutum est scientèr indebitũ, & indebita solutio est, quãdo quis sciẽs cogitat suam præcedentem causam obligationis *d.l.quod quis sciens*, licèt inualidæ, & nullæ, aliàs dici non poterat indebitum, cùm priuatio supponat habitum, & carentiæ sunt habẽtium, prout in specie probatur *in l.2.in princ. eod.tit.* & per solutionem indebiti fit distractus non vero contractus per regulam *solutione eius, quod debetur omnis tollitur obligatio, instit. quib.mod.tollit. oblig.in princ.* illa obligatio scientèr nulla distrahitur, cùm qualitate irreparabili, quia scientèr indebitum soluitur, & sic quemadmodùm dicetur donare, ex quo scientèr quis suum iactat, prout iactare potest secundùm suum arbitrium, & moderationem, quod secùs est si ignorantèr vel per errorem, vel sub conditione soluat, *l.sub conditione. ff. de solut.& in d.l.3.ff.eod.tit. de condict. indeb.* & sic cũ isthæc consignatio pecuniæ in dubio potest referri ad indebitè scientèr solutum, potest referri ad mutuum, vt *in d.l.2.§.mutuum, ff.de reb.credit.* potest referri ad depositum, maximè quando non constat si fuerit facta consignatio, pecunia numerata, vel non numerata, vt supra probauimus, erit proculdubio contractus indifferens: vt fiat differens ex causis, ex quibus processit consignatio illa *ad text. in cap. intelligentia de verb. sign.* maximè, quod non constet de animo transferendi dominium, vel quod fuerit de translatione dominij excogitatum, *l.si fundum certũ, ff.de verb. oblig.* probat *Alciat. in d. l. cum quid, ff.si cert. petat.* vndè bene dixit *Menoch.in casu suo tam in dicta præsumpt.43.* quàm *in d.casu* 88. ab ipsomet inibi allegato, quia loquitur ipse in casu differenti, nempè quando ex aliqua præcedenti coniectura sic intelligi haberet, vt ipsemet postmodùm se explicat inibi in fine, & proindè grauitèr reprehẽsus à *Facchineo*.

Qua nostra indifferenti interpretatione posita, ne dicam neutra, erit dicta pecuniæ consignatio symbola mutuo, quando qui dat est opulentior eius cui datur, vel saltim æqualis conditionis, & in isto casu non liberatur accipiens, si pecunia amissa fuerit casu fortuito, & tùnc habebit sibi locum opinio eorum tenentium, quod consignatio isthæc sit mutuum, vt probat etiam *Ant.Gabr.lib. 3.com.opin. concl.2.sub n.7. tit. de credit.* maximè quando interuenta fuit numeratio, vt notat etiam in puncto *Card. Mantica de tacit.lib.13.tit.6. n.8.vol 1.*

Aut vero consignatio pecuniæ facta fuit à viro paupere mercatori opulento, & tùnc quia non præsumitur diuem indiguisse pecunia pauperis, vt sibi muteutur, erit tùnc dubio procul depositũ, ex quo tùnc censetur mercator ipse recepisse illam pecuniam gratia dantis, & in hoc potest bene recipi opinio tenẽtium esse depositum, vt concludit etiam idem *Gabr. loco cit.* & firmat *Menoch. dicta præsumpt. 43. in fine* dicens, quod scolaris deponens hanc pecuniam penès mercatorem, non dicetur, nec donare, nec mutuare, sed benè deponere, maximè si non numerauerit *Mantica loco cit.*

Si verò, ex aliqua præfatione apparente, alitèr voluisset intelligere consignans pecuniam illam, & tùnc ex illa præfatione actus talis iudicatur, qualẽ verba proferentis ostendunt, prout in casu nostro scripsisse, & *gl. Bart. & Purpuratus in d. l. cùm quid num.50. Alciat. n.32.& Bologn. num.61.in fine*, testantur *Doct.supra relati.*

Et proindè dicebam ego in facto donationis mihi transmisso, quod licet donatio illa expressè facta fuerit irreuocabilitèr intèr viuos, & cùm clausula, quod nullatenùs reuocari potuisset, quia ex præfatione alitèr de mente donantis constabat, non enim donationem irreuocabilem, sed prorsùs reuocabilem, imò nullam, & irritam fuisse.

Donatio talibus concepta verbis erat. *Et hauendo hoggi considerato di miglior modo, che il sopradetto testamento* (confecerat per prius donans testamentum sub die 21. Iunij 1644.) *era nociuo, e di gran pregiuditio, e contro ogni douere di Vincenzo Mastracchio suo nipote carnale figlio del quond. Giuliante Mastracchio fratello carnale di esso Geronimo mos-*

fo più d'ogn'altra cosa dal scrupolo di coscienza, hoggi predetto di in presenza nostra reuoca, annulla, e dà à terra (sunt verba donationis) *detto testamento fatto per mano vt supra di Notar Agostino Biòno sotto l'istessa data alli 21. di Giugno 1644. e vole, & ordina, che non habbia niuno vigore, ne possi far più fede per l'auenire in giuditio, ne extra, restando caduco, come sè non fusse mai fatto, essendo così la volontà di detto Geronimo quà presente, il quale riuoca anco tutte, e qualsiuoglia donatione, dispositione, ò contratto fatto ad pias causas dando per rotto, e casso ogni cosa, e per l'amore grande, & affetto, che hà portato, e tiene à Vincenzo Mastracchio suo nipote carnale, e suoi figli, hà deliberato hoggi predetto di in presenza nostra il detto Geronimo donare al detto Vincenzo, & à' suoi figli non con forza, ò violenza alcuna, ma liberamente, e spontaneamente tutte le sue robbe presenti, e future, mobili, e stabili, panni, nomi di debitori, oro, argento, case, massarie arbostrate, supellettile di casa, & ogn'altro suo hauere* donationis titulo, quæ dicitur irreuocabilitèr intèr viuos, nèc alitèr, nec alio modo, cùm iuramento expressè, *con patto, e conditione ancora, che detta donatione non si possa reuocare per qualsiuoglia causa, anco per ingratitudine, perche così è sua volontà, mosso principalmente dal scrupolo della sua conscienza, atteso che* de omni iure, & facto *spettano, e deuono spettare dette sue robbe à detto Vincenzo, e suoi figli*, talia sunt verba, quibus concepta fuit eiusmodi donatio.

Ex quibus non inelegantèr dignoscendum veniet, cuius natura sit dictus contractus an reuocabilis, vel irreuocabilis, & si ex structura assertionis sit potiùs concipienda donatio intèr viuos, vel causa mortis, an scilicèt vltimus valida, vel inualida.

Et licèt (prima quod aiunt fronte) sit dicendum, quod ex quo sumus in contractibus intèr viuos, in quibus expressum præualet semper coniecturali, Prætoris edictum id docet inuentis pacta seruabo: pactum enim teste *Vlpiano in l. ff. eod. tit.* & apud nos pluries hic à pactione dicitur: Vndè, & pacis nomen appellatum est, eo quod nihil congruũ est humanæ fidei, quàm ea, quæ intèr eos placuerint seruari. Præcipua secernitur de his obseruatio circa donationes intèr viuos, de quibus veteres iuris prudentes, non tantùm pro validitate talium donationũ, sed etiam pro earũ irreuocatione plurima reddidere respõsa, & in iure nostro peculiare de illis, tã in Pandectis, quàm in Codice inscriptũ apparet titulum, quod secùs est in vltimis voluntatibus, in quibus coniecturalis argumentatio, quæ subtilissima dicitur, non ex verbis solis, sed ex mente per interpretationem excepta admittitur. Quo fit, vt in illius quippè contractus terminis sola plena interpretatio probetur, quæ ex verbis colligitur, ac subtilis siuè intellectualis, quæ dicuntur ambæ tacitæ, & ambiguæ interpretationes, in istis vero, quippè vltimarũ voluntatum subtilissimę etiam, & coniecturales, vt supra non ex solis verbis, sed etiam ex mente per interpretationẽ elicitæ, quinimmò coniecturales istæ quandoque adhùc citra, & contrà testatoris dispositionem. Ratio rationis fiet, quia in vltimis voluntatibus sola munificentia testatoris contemplatur, qui gratis, & sua sponte dando interpretationes eidem fauorabiles, vt plurimũ iura, & *Doctores* clagiuntur: incontractibus verò sẽper correspectiuitas aliqua secernitur, ex qua antidoralis exoritur, & subtilissimam coniecturalem interpretationem respuit. Huius antidoralis præsumptæ decisum pluriès ambigimus in Senatu Pedemontano apud *Cacher. decis.* 110. & apud *Th. f. decis.* 189. in cõtractibus in casu grauaminis per mortẽ, & quamuis dixerant aliqui valere argumentum de contractibus ad vltimas voluntates, & è contrà, vulgatum enim illud eũ eò tendit, vt expressa verba pacti, eiusdem dilucidæ dispositiones alterari ex coniecturis possint, sicuti dictum est, quod possint quandoque dispositiones vltimarum voluntatum: cùm in istis ex ratione communi id fiat, ex qua discrimen patet, quia licet regularitèr in vltimis voluntatibus sit plenior interpretatio quàm in contract. *c. p. cùm dilecti extra de donat. l. in testamentis, ff. de reg. iur.* adnotarunt *Euerard. in sua*

Topica

Topica in loco 17. ac Iaf. in l. pactum intèr hæredes sub num. 1. ff. de pact. vbi, & in sequenti numero, aliàs paritèr, & plures cumulat distinctiones intèr contractus, & vltimas voluntates: vndè merito cõsequentèr non idem est de contractibus ius, ac de vltimis voluntatibus. Proindè cum clare ex verbis donantis constet donationem prædictam esse irreuocabilem intèr viuos, & sumus in contractibus, in quibus alitèr non fit interpretatio disponentium ex eorum mente, sed ex disertis verbis in contractu existentibus dumtaxàt, non videtur cur ex prædictis possit argui infructuosa talis donatio: cùm nec sit ambigua, nec tacita, sed ex omni sui parte limpidissima.

Cæterùm, vt verbis, & non menti donantis sistemus, ex eijsdem dignoscemus donationem prædictam nullius momenti esse, ad quod probandum dicimus.

Quod omnis contractus (ecce argumentum est in contractu) habet pro sua essentia voluntatem, & contrahentis consensum, *l. obligationum substantia, ff. de act. & oblig. l. consensu, ff. eod. tit.* & *toto tit. instit. de oblig. quæ ex cons.* cùm consensus sit ille, qui substantialiter informat contractum, loquendo de forma essentiali non accidentali, sine qua nullus est contractus, vt in donatione est specialis *text. in l. 1. ff. de donat. & in l. neque ignoras, C. eod. l. cum Aquiliana, ff. de transact.* ibi, *liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit*, sed in casu præsenti ex verbis eiusmodi contractus deficere voluntatem apparet, ergo talis asserta donatio nullius momenti est.

Maior argumenti de se patet, & quod *Hieronymus* non intellexit donare irreuocabilitèr. Probatur ex confessione, conquestu, & reuocatione illicò facta à dicto Hieronymo, suam scilicèt mentem fuisse donare reuocabilitèr, non autem irreuocabilitèr, & licèt indubium sit, quod sola Hieronymi attestatio, vt in causa propria non probat contra instrumentum donationis, *ad text. in l. nullus, ff. de testib. & in l. omnibus, C. eod.* tamen concurrentibus alijs indubitatis probationibus, adminiculis, & præsumptionibus: erit vtique ex abundanti probatum, quod exclamauerat Hieronymus, & ad minùs saltem non deficiet sibi iuramentum suppletorium *ad text. in l. admonendi, vbi omnes Doct. ff. de iur. iur. ido.*

Accedat in primis ad corroborandã, & probandam dictam Hieronymi intẽtionem. Persona donantis, qui in vita sua nunquam similes, & minores donationes solitus conficere fuit, & proindè ex quo non solitus donauit, & declarauit suum solitum donandi, nempè reuocabilitèr, probabilis est coniectura, vt secundũ solitum, & modum præteritum intelligatur nùnc etiam donare voluisse, vt dicit *Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 34. in fine*, dicens, quod si scolaris, qui non est solitus donare, aliquam pecuniæ quantitatem mercatori tradiderit, non præsumitur eam mercatori donasse, sed magis apud eũ deposuisse, licet alias censeretur donatio *ad text. in l. quod qui sciens, ff. de condict. indeb. & l. 1. ff. eod. & l. cuius per errorem, ff. de reg. iur.*

Secundo consideratur eadem persona donantis, qui senex memoria deperditus, & quasi nesciens fari: cùm donasset, dicetur semper donasse causa mortis, vt probat idem *Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 46. n. 24.* maximè, quod tales senes sunt suspecti in perdendo, & æquiparantur mulieribus, *Iaf. in l. ad personas egregias num. 9. & 10 post gl.* ibi, in verbo *egregias, ff. de iureiur.* quę nunquã dicuntur donare, *l. sed si ego, ff. ad Senat. Consult. & Bald.* dixit *in l. si à sponso, C. de donat. ante nupt.* quod donatio mulieris loco miraculorum ascribitur maximè magnæ quantitatis, & est ista de qua agitur.

Tertio consideratur eadem persona donantis adeo in sua senectute extenuatus, quod exiguum mentis facillimè suscepit, *l. in aduersa, ff. de testam. l. iubemus 2. responso, C. de testam.* quare senectus est intractabilis, tarda, atque obliuiosa: vnde mortuum mederi, & senem admonere idem esse dicimus, & successit adagium, *senes mutare linguam, & frustra, intempestiuè laborare*, & licèt senes non prohibeantur contrahere, & disponere de rebus suis, tamèn non per hoc

non sunt faciles, vt decipiantur, quia bis sunt pueri, *Grat. discept. forens. cap. 328. sub num. 17.*

Quarto consideratur eadem persona donantis senex, quæ cùm voluisset donare suum vniuersale patrimoniũ Vincentio, eijsque filijs, intelligeret iure legati, vel relicti, vel donationis causa mortis reuocabilis, facilè fuit donatario sagaci, & auido affectãti, conuertere donationem causa mortis, vel legatum in donationem irreuocabilem inter viuos, quia vtraque est donatio, & legatũ est donatio, sed cuius naturã ignorabat miser deceptus senex iuris ignarus, & signantèr circa defectus harum largitiarum, *l. regula, §. 1. ff. de iur. & fact. ignor.* facilis ergo, & verisimilis fuit deceptio, *§. plurium igitur in auth. vtque dolat.*

Quinta est euidens ratio, quia hac in donatione non solũ deceptio, sed quod magis machinatio intercessit, ex quo in præludijs asseritur dispositiones præteritas reuocasse ob scrupulum conscientiæ, ex quo bona Hieronymi spectabant de iure, & de facto dicto Vincentio, eiusque filijs, talis prænarrata euidens machinatio sufficit sola ad donationem irruendã, lacerandamque: finxit enim (vt credo) Notarius verbis illis inducturam fuisse maiorem firmitatem, & constantiã in donatione, excogitauit gratificando Vincentio, donationẽ ob istam cautelã, nullatenus reuocari potuisse, ex qua inductus donans ad sic donandum ob scrupulum suæ conscientiæ, & sic vigore debiti confessati, vt supponitur in verbis illis. Spectare de iure, & de facto, deceptus siquidem proculdubio Notarius, & callidus, qui licèt in dubio cẽseatur rogatus apponere omnes clausulas in instrumento appositas, vt elegantèr probat *Menoch. cons. 37. vol. 1.* tamèn in hoc non poterat excusari à *Menochio* Notarius iste, quia tales clausulæ non tantùm censentur appositæ ex suo iniquo fine, sed quod magis probo, à Diabulo potiùs quàm à parte apponi rogatæ, & proindè ex isto solo, donatio est nullius momenti, ad quod probandum sistet mecum Notarius.

Aut hæc assertio est causa finalis, qua motus fuit Hieronymus ad sic donandum, aut est causa impulsiua, si est causa finalis, prout est; quia talem iudicamus actum esse, qualem præfationis verba ostendunt, prout *post gl. Bart. & Purpur.* in locis per ipsum citatis testatur *Menoch. d. præsumpt. 34. in fine, & in cons. 150. n. 40.* & causam finalem donationis ostendunt *Dec. in cons. 600. in princ. Surd. cons. 241. vol. 1. Decian. responso 3. vol. 1. n. 116. Corn cons. 97. D. Capyc. Latro consult. 46. n. 17. vol. 1.* ergo si falsa est causa finalis, falsa dubio procul est donatio, à qua dependet tanquam falsa causa expressa *l. 1. ff. de condict. sine causa*: cùm enim probatur, vel error, vel falsa causa, nulla præsumi potest causa, quæ præsumi facit valere donationem, & sic licèt donatio procedat à nulla causa: cùm habeat pro suo subiecto solam liberalitatem: tamèn quando exprimitur, dicitur non ampliùs donatio dependere ab illa causa independente meræ liberalitatis, sed bene à causa illa allegata, vt *in l. nunquam nuda, ff. de acq. rer. domin. Bart. in l. demonstratio falsa, §. quod autem col. pen. vers. 6. ff. de condit. & demonstrat.* & idem notat *Bald. in l. nec apud C. de hered instit. & in rubr. C. de cõstit. pecun. vlt. col. in fine,* & per *Paulum de Castro in l. fin. §. idem quærit de condict. indeb.* & in terminis quod donatio non valeat, & sit reuocanda ex falsa causa adiecta consuluit *Fulgos. cons. 23. in fine per l. neque professio, C. de test. & l. nec apud C. de hered. instit. & in l. eam quam, C. de fideic.* & punctualitèr in nostris terminis post eos *Decian. resp. 32. sub n. 32. vol. 3.*

Aut fuit talis assertio causa impulsiua, & tùnc etiam, quia habet causam suspectam, dubiam, obscuram, & insolitam, ibi, *de iure, & de facto,* non releuat *l. vbi autem, § quod illud, ff. de verb. obligat. & l. cùm incertis, ff. de legat. 1.* & sic etiam in terminis consuluit *Soccin. cons. 295. col. 3. vers. Tertius casus, & vers. quartus casus col. 2.* qui respondet *Tiraquello in l. si vnquam, C. de reuocand. donat. in gl. in verbo donatione largitus nu. 81. cum plurib. seq.*

Videamus si in corpore eiusmodi donationis instrumenti sit falsa causa, à qua motus fuit Hieronymus ad sic ineptè donandum deceptus, imò contradictoria

ctoria in eodem subiecto: nam dicendo habere scrupulum conscientiæ, assertio illa non inducit dispositionē exonoratiuam conscientiæ certam, & indubiam, sed bene perplexam, indeliberatam, & hactenùs impuram, & suspectam, adeò quod censeri debeat, ac si non donasset.

Patet ab effectu, & quidditate scrupuli prænominati, ex quidditate, quia scrupulus nihil aliud est, nisi motio ad vnam partium contradictionibus ex læuibus, & multis debilibus coniecturis, *Syluest. in sua summa in verbo scrupulus in princ. Pater Azor.instit.moral.par.1.lib.2.cap.2. tit.de scrupulosa conscientia*, qui sic affatur, *scrupulum esse in anima sollicitudinē, suspicionem, & dubitationem, hominis cōscientiam pungentis, & cruciantem instar lapilli exigui calcio latentis, qui pedem lędit, & vexat*, & scrupulosus animus mouetur à leuibus dumtaxàt coniecturis, igitur si à fumo, à leuioribus coniecturis asseritur fuisse motum Hieronymum ad sic donādum, remoto fumo, remotis læuibus coniecturis, remanet vlterius causa donationis factæ sub falsa fide causata à scrupolo, quæ falsa fides non cadit nisi super certa conscientia, *Innoc. in cap.fin. in fine de præscript. Bald. in sua Margarita in verbo conscientia*, tanquam exorta ex leuibus, & insufficiētibus fundamentis *Ang.in sua breui notitia de conscientia n.13. in vers. scrupulosus*, & tanquam læuiusculo argumento existente, imò absque vlla ratione dubitante *Azor.loco cit.lit.B.* quod alitèr esset de confessione explicita pro exonoratione consciētiæ facta. quia tùnc tametsi videatur vera, & determinata confessio inducta, tamē non per hoc est adeo vera, vt saltim de male ablatis constare debeat secundum *Marantam Episcopum responso 1. sub n.24. & resp.24. sub n.45. D.Reg.Capyc.latr.decis.12.n.7.vol.1.* Igitùr si nulla subest causa scrupuli, nulla dignoscitur vera causa, ob quam dicitur donasse Hieronymus, in quo consequenti potest donatio isthæc fundari, & valida reddi.

Patet contradictio: nàm si bona donata spectant de omni iure, & facto donatario, & ex hoc exortus fuit scrupulus ille, qui dedit causam donationis contractui, ibi, *mosso principalmente da detto scrupolo*, ad quid postmodum donare *per l'amore, & affetto, spontaneamente, e liberamente*; non nè hæc verba sunt contradictoria primis, in quibus assertus fuit necessarius animus donandi, non vero voluntarius, & spontaneus, prout asseritur in istis vltimis? ergo tanquàm contradictorius, naturale est, vt non sit standum tanquam ad inuicem repugnantibus, & proindè tanquam vtraque falsa, falsissimam reddunt hanc donationem, vt supra diximus.

Sexta ratio, qua apparet donationem non esse talem, desumitur à machinatione, & deceptione, quæ appareat ex facto contrario illico per. donantem explicato, quia postquam Hieronymus ex ore aliorum intellexit, donationem illam irreuocabilem fuisse, illico exclamans dixit se deceptum, protestatus nunquam sic voluisse donare, & statim reuocauit, ità demum institit hoc fieri, & fecit: nàm reuocatio propriæ confessionis erroneæ admittitur *cap. apud misericordiam 32.q.1. Bald.in l.1.col.5.ver. & nota quod interdum, C.de furt. Alm.in l.1. §. 1. ad finem de verb. obligat. & in cons.34.col.1.vol.1. & cons.92.col.vlt.vol. 5. & gl. in l.rara, C. de omni agro deserto lib.11. Roman. cons.5.n.15.vol.4. Soccin. cons.18.col.15. vers. itèm potest etiam responderi vol. 2.* ex quo manifestissimè colligitur, quod errauit Hieronymus, credens actum illum posse reuocare ad omnem suum nutum, vt reuocare solebat cæteras donationes, & contractus in hac eadem donatione in assertiuis, & sic tacitè censetur fecisse Hieronymus actum illum, quem facere consueuit, *l. quod si alit, §. qui assidua, ff. de edilict. edict.* nàm antequàm certioratus fuisset Hieronymus, se fecisse actum irreuocabilem, non poterat ipse scire errorem conceptum, & per consequens antea reuocare non potuit: cùm tempus currat à die scientiæ, *cap. licèt de appell. negl. præst.* comprobat in nostris proprijs terminis *Decian. d. resp.32. num.65.*

Septima additur ratio, ex qua excipitur donantem voluisse donare reuocabilitèr, & non irreuocabilitèr, & si alitèr sit scriptum, quia solemnitates adhibitæ

bitæ in instrumento donationis huiusmodi naturæ sunt, vt ex eis solemnizetur actus reuocabilis, non verò irreuocabilis, in eodem enim instrumēto adhibiti fuerunt quinque testes, quorum numerus requiritur in donatione causa mortis vt in *l. fin. C. de donat. causa mortis*: quando in donatione intèr viuos duo sufficiunt, igitur ex ista solemnitate colligitur, satis Hieronymum voluisse facere actum reuocabilem, quem probabilitèr ignorabat, *Dec. cons. 470. nu. 9. Decian. dicto responso 37. num. 68.* & licèt in contrarium sit, non esse scilicèt in consideratione numerum testium ad alterandam naturam contractus, tāquam ad maiorem probationem adhibitum, non ad solemnitatem, nempè quod possum probare per duos testes, non est mihi prohibitum probare per quinque, dummodò ex aliquo statuto non sit effrenatus numerus testium, prout in Regno adest Regia Pragmatica incipit incffrenata *tit. de probat.* vbi statuitur nō posse in quolibet articulo excedi ad examinandum numerum septem testiū, tamen quia cùm hac ratione concurrūt etiam, & aliæ probabiliores, nēpè quod extitit fieri per dictum Hieronimum, & reuocari vt supra diximus, credendum est, donantem voluisse facere actum solitum ab eo fieri, hoc est reuocabilem, in quibus soliti fuerunt adhiberi tot testes; quot adhibuit in hac donatione *ad text. in d. l. quod si nolit, §. qui assidua, ff. de edilit. edict.*

Non obstat, quod hæc donatio fuit facta personæ coniunctæ, & validè dilectæ dicto Hieronymo, & quod sanguinis coniunctio faciat cessare omnem malam præsumptionē, & præsumi verā donationem, vt habetur *in l. 3. §. qui eiusdem, ff. de donat. inter vir. & vxor. Cynus, & Baldus in l. per diuersas, C. mandati, Rol. à Valle cons. 38. num. 22. vol. 2.*

Quia respondetur, quod non per hoc potest tantam vim facere talis sanguinis coniunctio, vt elidere possit tantas in contrarium euidentissimas probationes, & manifestissima argumenta ad cōtrarium præsumendum, & iudicandum, quia sicuti sanguinis coniunctio sola sit sufficiens ad excludendam fraudem, & machinationem, *Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 124. n. 24.* sic etiam è cōtrà, sola non est sufficiens coniectura, datum fuisse intèr viuos, *l. filia, C. fam. hercisc. Menoch. de arbitr. d. casu 88. n. 11. & de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 15. nu. 7. & 8.* eo magis, quando concurrunt contrarij effectus prout hic.

Probatur secundo principalitèr hāc donationem esse nullius roboris, & valoris, quia constat ipsa de omnibus bonis præsentibus, & futuris donantis, & proindè nulla, et inualida non minus si fuisset data, et concessa hæreditas sub pacto, vt hic *Doct. omnes in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. oblig. & in l. fin. C. de pact. Roman. in cons. 171. n. 1. Abbas in cons. 48. n. 1. in fine lib. 2. Guid. Papa cons. 214. num. 5.* vbi dicit non obstare iuramentum *Rol. à Valle cons. 39. in princ. & in cons. 65. n. 2.* et etiam si donatum sit aliquid, quod excedat patrimonium, vt elegantèr comprobat *D. Consiliarius Hodierna contr. for. cap. 28. n. 32. & 33.*

Nec obstat, quod saltim iuramento firmatur talis donatio secundum aliquos, et absolutio iuramenti non sufficit ad reuocandam talem donationem, obtenta ab ordinario ad finem agendi, et excipiendi ad tradita *per Rot. Roman. decis. 186. in fine par. 3. in nouis, & censuit in punctuali donationis casu Polyd. Ripa obseruat. 137. & obseruat. 138. per totas.*

Quia in cōtrarium est veritas, ex quo loquuntur Doctores in donatione valida, quæ nullatenus ad libitum reuocari potest, *l. possessorem, C. de reuocand. donat.* non autem in donatione ipso iure nulla, quæ nullatenùs firmari potest iuramento, *Menoch. cons. 184. n. 10. in versic. nā respondetur vol. 2.* quæ opinio videtur sibi magis recepta non obstante contraria, quam tenuerat *in cons. 1. nu. 169. Iulius Clarus recept. sent. §. donatio quæst. 20. in princ.* vbi similitèr tenet etiam si iuramentum intercesserit, *Grat. discept. forens. cap. 120. num. 14. Natta cons. 146. n. 12. lib. 1. Anch. cons. 101. n. 7. Ruin. cons. 5. num. 24. & 76. & cons. 130. n. 7. Fontanella de pact. nupt. cl. 4. gl. 9. par. 4. n. 94.* vbi dicit, quod in hoc casu non sit interpretatio vt substineatur de bonis præsentibus

bus donatio, nec vt actus valeat, nec alias,vt male sentire visus fuit *Vrsillus ad Afflict.decis.338.sub n.3.* potest benè verum interpretari, vt sit donatio causa mortis. *Natta summa succ.leg. parte 4. q. 26.art.2.in fine, Afflict.ex tract. de iure prothomiseos* §. 3. *n.17.* vbi dicit è contrà, quod si donatio causa mortis omnium bonorum præsentium, et futurorū valeret tanquam donatio intèr viuos esser nulla, *Petrus Gregor.Tholos.Syntag. iur.ciuil.vniuers.lib.41.cap.5.Mayn.decis. Tholos.83.col.3.lib.3.folio meo* 150. Doctores omnes *in cap. in præsentia de probat.D.de Franch. decis.168. in princ.* nupèr *Paul.Rubens in annot.ad decis.21.par. 9.recent.per tot. Fontanella decis. Cathal. 142.n.14. Gram. decis. 339. Thor. compend. decis.Regni par. 1. in verbo donatio omnium bonorum*, aliique passim vltra adductos accipiendi apud *Andreol.controu.*397.

Planè adhùc in hoc non sumus in tuto,ex quo sunt qui affirmant donationē omnium bonorum præsentium, et futurorùm semper valere, et nunquam inanem esse, dicunt ij, quos mox infra citemus, nullo in iure caueri donationem talem improbam esse, et consequentèr sexmille Doctores, qui id affirmant nihil agunt, vel dicunt, quando gratis, et absque iuris fundamento allocuti videntur, et conuincuntur: stabiliunt præfati eorum sententiam super nullo fundamento excauato *à d. l. stipulatio hoc modo concepta*, aduersus quàm ex diametro disponit *text.in l.r. mandat.a,C.mandat.* quod scilicèt quilibet in re sua sit moderator, et arbitrer, nec dicta lex stipulatio hoc modo concepta somniauit eiusmodi Doctorū commune assūptum: cùm ibi, stipulatio fuit reddita inutilis ex pacto negatiuo, ibi, *si hæredem me non feceris*, et quia pactum illud versabatur circa successionem fuit optimè à Iure Cōnsulto improbatum, tanquam contra bonum publicum ex quo ad legem pertinet hæredem facere, vel non, vt notatur *in l.vlt.ff.de suis, & legit.* cui publico iuri pactio priuatorum derogare non potest, *l.ius publicum,ff.de pact.* ac etiam tanquam contra bonos mores [illegible], ob anmi festinationem, ac properationem ad bona alterius, cùm suspitione mortis captandæ voti, et sic improbatio illa non dependet a liberæ testandi potestatis ademptione, sed benè ab illo improbo pacto properationis ad bona alterius;sic strenuè apparet propugnatum *ab Antonio Fabro de err. pragm.decade 48. err.6.parte 2. Harprect. ad Clar.lib.4.sent.d.q.19.à n.20. cum seq. Fontanella de pact. nupt.claus.4.gl.41.par. 1.n. 10.* hæc opinio vtilis est ad improbandam communem, et receptissimam opinionem in contrarium ab omnibus approbatam, ex quo Doctores eam tenentes, affirmantes, et canonizantes,cū se fundant in litera *d. l. stipulatio hoc modo concepta*, sed in eius argumento, et pluralitate, vt queadmodum stipulatio illa tendeat ad arcendam vltimam disponentis voluntatem,et arbitrium,vt iterum non redeat ad disponendum, vt sibi meliùs placuerit, et visum fuerit vsque ad extremum suæ vitæ ob priuilegia elargita disponere volentibus, sic donatio illa omnium bonorum producit effectum æqualem, et equalibus tendentibus ad eundem finem eadem est ratio, & dispositio,vulgato iure: imò dico ex abundanti,quod maior est impressio in donatione omnium bonorum,quā in pacto illo, ex quo in donatione prædicta,sumus in eam habito,in pacto illo, in casu hab[illegible]ndo, sed sic est,quod magis reparari possunt, quæ sunt in via, quam quæ ceciderunt ad mortem, ergo, & sic inane: vndè dignoscendum an consultatio, de qua apud Amicum nostrū *D.Carolum de Luca obseruat. ad Franch. 594. à num. 2.* vsque ad decimum benè currat, & licèt ibi *num. 11.* appareat diuersè decisum inter *Consiliarium Dominum Frāciscum Mariam Pro[illegible]*,qui in prima instātia pro inualiditate donationis sententiam præbuit, & *D.Consiliarium R[illegible]*, qui in causa nul[illegible] per viam actionis statuit pro validitate : de illis decisionibus in alio facto contingenti in puncto iuris,nulla habenda est ratio,sed iterum decidendum secundum iuris terminos,& quare: quia modo non licet:sumens illud à *D. Paulo*,quando totalis cælestis gloria sibi apparuit assumptum ad tertium Cælum.

Nec

Nec obstat reseruatio facta ducatorum triginta ad iterum disponendum, habendumue suum hæredem, quia dicta reseruatio nulliûs roboris, & efficaciæ est, atquè si non fuisset facta, tanquàm de re modica respectu tàm amplissimæ donationis ascendentis ad valorē mille, & quingentorum aureorum, vt punctualitèr fuisse decisum in Senatu Lusitano, testatur *Gama decis.* 255. in quo fuit annullata donatio omnium bonorū præsentium, & futurorum facta à pauperculo cùm reseruatione ducatorū triū, ex ea ratione, quod non fuisset scilicèt verisimile donatorem proptèr illam talem reseruationem reperturum fore hæredem, eo magis in casu nostro, vt probat etiam *Cancer. var. resolut. lib.* 3. *cap.* 2. *tit. de iuuenct. num.* 127. post eos *Fontanella de pact. nupt. gl.* 23. *claus.* 4. *n.* 5. 6. & 7. adducens similitèr *Cagn. in l. fin. n.* 24. *C. de pact.* dicentem nullam esse talem donationem, in qua donans reseruasset iure testandi viginti quinque florenos dumtaxat, *Rol. à Valle cons.* 39. *sub n.* 7. quos innumeros alios adducit *Crauetta cons.* 223. *num.* 1. & 2. *Couar. pract. quæst. lib.* 3. *cap.* 13. *sub n.* 3. *vers. tertio cadē ratione in fine*, dicens donationem omnium bonorum nullā esse, quotiescumq; id, quod à donante conficitur, adeo modicū est, quod sua dispositio elusoria vana, & ferè inutilis sit, adeo quidem, vt nemo esset, qui hæreditatē adire vellet secundùm *Claud. in d. l. stipulatio hoc modo concepta col. pen. Paul. & Alex. n.* 14. *Purpur. l. vlt. C. de pact. num.* 251. *Menoch. cons.* 174. *sub n.* 3. vbi dicit paria esse nihil reseruasse, & aliquid adeo tenue in quo hæredem ille habere non poterit, cùm manifestissimum sit, factum non esse, qui velit se explicari oneribus hæreditarijs etiam latentibus in adeundo hæreditatem, ob rem sic tenuem ducatorum scilicèt triginta, & communis est sententia, quod talis reseruatio saltim excedere debeat vigesimam partem bonorum omnium donatorum, *Clar. recept. sent. §. donatio d. q.* 19. *vers. secundo principalitèr*, quem omnes probant, & sequuntur *Menoch, loco cit. Card. Mantica de tacit. lib.* 13. *tit.* 31. *in princ.* vbi dicit, quod ridiculum est dicere, quod quis pro minimo, vel etiam modico lucro possit hæredem inuenire *Fab. Anna in cons.* 52. *n.* 3. & *seq. Intrigl. sing.* 118. quia donatarius omnium bonorum non substinet onera hæreditaria, vt longa remissione probat *Antoninus de Amato var. resolut. lib.* 1. *cap.* 58. *sub num.* 8. Vndè cùm donatio, iam istius depauperati senis decrepiti sit valoris ducatorum 1500. quis nàm sani capitis, & discretæ conscientiæ non sit, qui agnoscendo tot insolitas cautelas, machinationes, & clausulas astringentes, non arbitrabitur id omne totum fuisse maximam deceptionem, prætèr, & contrà consensum, Hieronymi intentionem: & iam expoliato Hieronymo toto suo ære, cum reseruatione dumtaxàt ducatorum triginta implicandorum oneribus latentibus, & debitis apparentibus, quæ vt constat ex instrumentis ascendunt pro nùnc ad ducatos sexaginta, donationē istam esse nullam, inualidam, irritam, suspectam, machinatoriam, inuerisimilem, & dolosam? Nemo siquidem, & proindè certè talem potuisse, & posse reuocari, nullamque declarari per eundem Hieronymum, statim habita cognitione de tali deceptione, & manifestissimo errore, consulēdo in melius suo facto proprio, ne ex vera, & non scrupulosa conscientia videns se deceptum, & contra suam voluntatem contraxisse Hieronymus in amittendo tàm opulentissimum Patrimonium, animam, & corpus quoq; desperatione deperderet.

Cui nec etiam obstant onera iniuncta donatario, nempè de alimentando Hieronymum, de eo honorificè sepeliēdo, & bene tractando eius vxorem, & similia, quia talia onera sunt pacta accidentalia, & correspectiua donationis, quę quando de sui essentia corruū, euanescunt etiam & illa, tanquam suo vestimento priuata, vt probauimus *in nostris Symbolicis Contract bus lib.* 1. *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 2. & patet apud omnes.

Nec obstat pactum de non reuocando etiam iuratum, & quod Vincentius possit disponere de bonis donatis ad sui libitum, quia respondet *Paulus Castr. in cons.* 75. *col.* 2. dicens, quod quando quis donauit omnia sua bona præsentia, & fu-

& futuro cùm promissione de non reuocando non habet locum legis dispositio in *textu* vbi ità donatur, quia talis donatio non valet *d. l. fin. C. de pact.* & sortitur naturã donationis causa mortis, vt etiam sequitur *Marta loco cit.* et sic illa facultas disponendi, et alienandi tanquam accessoria donationi causa mortis, eamdem naturam retinet, prout habet donatio prædicta, et sic de iuramento, vt in specie probat post multos ab ipso citatos ibi *Marta sub n. 17. et 18*

Probatur tertio principalitèr donationem prædictam esse nullam, quia putabat Hieronymus, testamentum factum de anno 1644. esse nociuum, et maximi præiudicij, et contra omnem rationem Vincentio prædicto, *Mosso più d'ogn'altra cosa, e per l'amore, & affetto hò portato, e tiene à Vincenzo Mastracchio suo nipote hà deliberato hoggi predetto di donare, &c.* hoc equidem nocumentum, & præiudicium non probatur in testamento: cùm non sit damnum pati, & nocumentum consequi, qui non acquirit, quemadmodùm non consideratur vtilitas cessans, vel quod nostra interesse poterat, si id aliundè, quàm in re debita oriatur, vt *in l. si sterilis, §. per venditionem, ff. de act. empt. l. fin. ff. de peric. & commod. rei vend.* cùm damnum tanquam dictum à diminutione, *l. 3. ff. de damn. infecto,* superatur ab incommodo, & præiudicio, quod non diminuit patrimonium, nec iniustum est semper alteri illatum, si ex opere iustè in nostris rebus facto prouisum incommodum, & præiudicium inferunt, *l. proculus. ff. de damn. infecto:* ideò cùm talis assertio nõ fuerit causa iusta reuocandi testamentum, ex quo iniustè præiudicabatur Vincentio, nescio quomodo iustè poterat per nasũ duci Hieronymus ad disponendum, quod præter eius intentionem, & intellectum ex inuolutione verborum, & insolitarum cautelarum, protrahique ad alitèr disponendum, quàm ad quod solitum ille intelligebat, nempè in disponendo toties, quoties voluerit, vt ipsamet assertio exposcebat, ad iura supra allegata, & meritò poterat, & poterit Hieronymus ipse sempèr alitèr disponere, quotiescumq; non constat de enixa, & firma eius mente, se voluisse proiicere, quod suum est in mare, quam vsque adhùc non habemus, licèt donatio illa sit quingentis instrumẽtis munita, clausulisque infinitis corroborata, quia suspecta, & inualida tanquàm ab idiota, & sene facta, qui alitèr probabilitèr disponere eredebat, quàm dispositum apparet, ex hactenùs supra probatis.

Potest etiam flecti actus ille indifferens (& redeamus ad institutum quæsitum, à quo non perperam digressi sumus (dationis in eleemosynam: nàm si diues pauperi pecuniam daret, eleemosyna est, *gl. in l. 1. vbi Bart. & Cyn. C. de alim. gl. in l. si quis à liberis, §. verum, vers. iustè, ff. de lib. agnoscend. & ibi Bart. & Ias. in §. sed, & si quis instit. de act.* maximè si sit Clericus, qui dederit, cuius bona pauperum sunt *Abb. in cap. peruenit de arbitr. cap. 1. de consti. ab. cler. & nul. cap. aurum 12. q. 2.* immò si fiat coniunctæ personæ: cùm non sit improbatum vt charitas à seipso, & suis ordinetur, *l. Præses Prouinciæ, C. de ser. cap. non satis 86. dist.* datur que Clerico beneficium, vt ipsi, & suis sufficiens possit habere subsidium, *cap. studens 2. dist.* neque quisquã suam propriam odit carnem; sed benè alit, & nutrit, *cap. cùm estimemus 13. q. 1.* non indigentibus tamen illicitè beneuolentiæ elargiuntur *cap. de Syracusana 18. dist.*

Qua quidem eleemosyna dignus magis est fortuna depressus, & si virtute sublimatus, & *Diogeni* illi magno Philosopho, dignè tradere Ciuitatem vnã pro eleemosyna existimauit Cæsar ille Magnus Alexander, & de Homero scribitur, qnod ille, & si cæcus, & ideò Homerus dictus, ex eo, quia Homeris, idest itineris ducibus egebat, fuit vir per omnia eruditissimus, eloquentissimus, magnus in rebus sublimitate, in paruis verò à nemine proprietate superatus, & vt ait Quintilianus, fuit lætus, iucundus, & grauis, tùm copia, tùm breuitate admirabilis, poetica, & oratoria virtute eminentissimus, quicquid dicere voluit veriùs, & lucidiùs omnibus explicuit, & de eius ortu septẽ Ciuitates contẽpserũt: Hic, post vbi Orbis plagas calcasset cũ extrema paupertate; tamen Arcadũ

lictus habitauit, vbi asperitate scopulorum, & montaneæ: verum sic cæcus, & miser extitit, & illa miraculosa opera composuit, quæ de se decantabat Virgilius à suo Cæsare pane indigebat: Vndè non infacetè cum filium Pictoris vocauit, ex quo omnium panem sibi præbebat, dicunt ex nostratibus *Ippolitus de Marsilij, qui in tract. de fideiuss. in fine*, asserit, mentiri legem illam, quæ dicit Doctorem nunquàm in egestate mori, *Muscatellus, qui in 2. parte sua praxis in principio* dixit, quod nunquàm potuit tuba saltim argentea canere, & *Petrus de Ferrarijs*, qui similitèr *in sua Papiensi praxi* inuidet medicinam, quæ vbique præcipua est, & sic de singulis: vndè eleemosyna omnibus, & omni in tempore elargienda.

ARGVMENTVM.

Creditor, & debitor in quo sint symboli ratione mutui, & notatur mancipatio in iure inter vtrumque.

SVMMARIVM.

1 *Mutuum in quo differat à fœnore.*
2 *Homines sunt procliuiores ad exigendum, quam ad soluendum.*
3 *Creditores, & debitores quomodo symboli.*
4 *Creditoris norma in exigendo contra suum debitorem.*
5 *Dilatio debitoribus soluere volentibus non deneganda.*
6 *Debitores symbolizantur Camaleonti.*
7 *Pignora cur adinuenta.*
8 *Mancipatio debitoris non soluentis quæ, & qualis inter Iudæos n. 9.*
10 *Corpora debitorum an exequi possunt pro debito non soluto.*
11 *Homo pretiosior cunctis rebus, & in se omnia continet.*
12 Petrus Gregorius Tholosanus *asseuerans posse pacto hominem mancipari pro debito improbatur ab Authore.*
13 *Pignus quomodo sit mutuo symbolum.*
14 *Possessio fiduciaria an sit symbola deposito.*
15 *Fiduciaria possessio an symbola pignori, vel potiùs missioni in possessionem creditorum rerum seruandarum causa.*
16 *Fiducia quæ.*
17 *Remancipationis qualis effectus.*
18 *Dominium quando non intelligatur translatum in accipientem.*
19 *Fiducia cur recessit ab aula.*
20 *Pactum legis commissoriæ, vndè dictum, & notantur aliqui Doctorum errores.*
21 *Pignus non est habilis titulus ad inducendam dominij translationem.*
22 *Pignus quando potest assignari creditori, vt illud habeat emptum pro pretio non soluto ad tempus à debitore.*
23 *Fides siuè credentia ob debitorum perfidiam mortua est in mundo.*
24 *Creditor in pignore præfertur creditori in persona.*
25 *Honores dantur hodie hominibus vilissimis, quia diuites.*
26 *Pignus quando potest fieri emptum ex pacto hominis.*
27 *Pactum in pignore adiectum, vt non solucnte debitore, ampliùs pignus non possit lui, an sit validum.*
28 *Lex reprobata in pacto commissorio, an habeat locum in symbola causa.*
29 *Pignus datur insolutum an sit symbolum venditioni.*
30 *Clausula,* ex nùnc pro tùnc, & è contra, *quid operatur in lege commissoria, & quid in contractibus conditionalibus num. 31. & 34.*
32 *Pactum commissorium an valeat intèr creditorem, & fideiussorem.*
33 *Pactum commissorium an valeat fauore dotis.*

CAP. IV.

1 Mutuum propriè sine vsuris, fœnus cum vsuris esse, omnes consentiunt, vt patet etiam apud *Plautum in*

in Asinaria, ibi, *nàm si mutuo cùm potero, certum est sumam fœnore*, *Beroardus in I. Apulei de Asino aureo*, ex *Plautino Amatore*, hanc eandem distinctionem adnotauit rursus *Cicero de Amic.* inquiens, *vt enim benefici liberalesque sumus, non vt exigamus gratiam, neque enim beneficium feneramus, sed natura propensi ad beneficium sumus*, obseruauit *Petrus Greg. Tholos. Syntagm. iuris ciuil. vniu. lib. 22. cap. 3. in princ.* subdens ex *Terentio in Phormione*, *feneratum istbùc hoc beneficium tibi pulchrè dies*, & quod aliquando fœnerare sit idem, quod mutuum dare, vt apud *Plin. lib. 2. cap. 6. Sol fenerat lumen suum cæteris Syderibus*, & apud *Græcos* eadem apparet obseruatio, quia vt notat *Vlpianus* apud *Demosthenem in comment. ad orationem Demosth. de falsa legat. fœnore patebant contumeliosum esse videtur: cùm vsura mala accidet, initio quidem eius rei commune fecit: sed commodo rei mutuarant vitat offensionem.*

2 Cæterùm quia mutui negotium duriùs est in repetitione, quàm in ipsa obligatione: vndè *Hatiel. ides ad Socratē*:

Siquid debetur mihi memor valdè,
Si autem debeo, miser, obliuiosus valdè.

3 Et proindè duplici modo peccatur in mutui repetitione: Primo ex parte creditoris, Secundo ex parte debitoris, ex parte creditoris: nam ipse præter modum æris memor tenacissimè debitores, plerumque vrget, & infestat: ex parte debitoris, is enim ingratus beneficij accepti, & diei solutionis facilè obliuiscitur: Creditoris in debitorem exacuit auaritia, seu habendi intemperantia, præcepsque cupiditas, & immisericordia, vel debitorum perfidia, & pertinacia, quod aliquando dignos misericordia facit, inopia fortuita, & sine culpa contingens, suorum bonorum deperditio, quos iuuat lex, vt alios contumaces cogit, & castigat vsuris, & pœnis, actionibus, commodis creditoribus cōcessis, & nè supra quam par sit seuiant, iniectis frænis, vndè vtrique leges positæ.

4 Creditoris habena ea est præcipua, de qua *in Exod. c. 22.* vbi Deus inquit: *si pecuniam dederis mutuam populo meo non vrgebis, quasi exactor*, & apud *Matth. 18.* reprehendit Dominus N. I. C. immisericordem exercitorem, & apud *Iustin. in l. nemo, C. de exact. tribut.* cauetur nè corpora pro debitis affligantur, & nè propria authoritate res suas repetat vindicta, alioquin id facienti debiti amissione, & pœna *legis Iuliæ de vi*, iniungitur *l. si quis in tantam, C. vnde vi, l. Paulus, ff. ad Trebell. l. creditores, ff. ad l. Iul. de vi, l. extat, ff. quod met. caus. l. 1. ff. quor. bonor. l. 1. C. de suffr.* & non dene-
5 gatur dilatio creditoribus soluere volētibus etiam non petentibus, *l. dilationibus, ff. de re iudic.* quàmuis dies cesserit, et venerit solutionis, vt reiciatur creditor, qui venit statim paratus sacco, *l. quid dicimus, ff. de solut.* et vt tamen neque nimium delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur, *l. si ser. ff. de pign. act.* vnde *Proxilides* non immeritò debitorē monebat ne improbi creditoris esset, nè vbi dederit, molestus esset intemstiuè, vt ex Suida notat *Tholos. d. lib. 22. cap. 4. sub num. 22.*

6 Sunt enim improbi debitores à legibus detestati, qui vt dicit *Phalaris epist. 63.* imitantur mores Camaleontis, qui pro tempore colores mutant, nempè dū beneficium accipiunt laudāt veluti benefacientes creditores: Sed datum vt Tyrannum improperant, et impium, vt etiam habetur *Eccles. cap. 29.* ibi, *Donec accipiant osculantur manus dantis, & in possessionibus humiliant vocem suam, & in tempore redditionis postulabit tempus, & loquentur verba tedij, et murmurationem, & tempus causabitur, sin autem potuerint reddere aduersabitur solidi, eùm reddent dominium, & computabunt illud, quasi inuentionem, sin autem fraudabit illum pecunia sua, & possidebit illum inimicum gratis, & conuitia, & maledicta reddet illi, & pro honore, & beneficio reddet illi contumeliam*, et *Plautus in capt. actu 2. scena 1.*

Nàm ferè maxima pars morem hunc hominum habent.
Dùm id impetrant boni sunt, sed non vbi iàm penes se habent,
Ex bonis pessimi, & fraudolentissimi sunt.

Et idem in *Trinummo*,

Si quis mutuum dederit si pro proprio perditum,

Quoniam repetens, amicum beneficio inuenis.

7 Ex quibus perfidijs iàm expertis in mundo, pignora accesserunt, & hypothecæ pro seruitute crediti, & ita persona, et bona obnoxi fierent.

Personæ debitorum soluere mutuum compelluntur tripliei ratione, vel quia de fuga sunt suspecti, vel quia captura se abstrinxerunt, vel quia damnati à Iudice contumaces in restitutione sunt, et de debitore suspecto, et fugitiuo satis annuimus in nostro *tract. de assist. q. 2.* de debitore etiam ex pacto, vt propria authoritate capi non possit, ibidem satis probauimus: licèt moribus antiquis receptum fuisset, non soluentem debitorē mancipi in carcerem, vt patet *Matth.* 18. de creditore immisericorde, ibi, *abiens misit ipsum debitorem in carcerem, seu custodiam donec redderet debita.*

Tamen *Lucius lib.* 8. scribit, ob repentinum tumultum ex populi consensu ortum ex indigno actu à fœneratore facto in *C. Publium* ætate, formaque præsētem adolescentem, qui se ei ob æs alienū paternum nexum dederat, conuocato Senatu, negotium Consulibus, *L. Papyrio, & C. Petilio* datum, vt legem ad populū ferrent, ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec pœnam lueret, in compedibus, aut neruo teneretur pecuniæ debitæ bona debitoris non corpus obnoxium esset.

Et licèt intèr Iudæos seruituti creditorum mancipatos fuisse debitores, patet *Prouerb. diues sapiens pauperibus imperat, & qui accipit famus seruus est fœnerātis cap.* 22. *& Regum* 4. *Vidua dicebat, creditor venit, vt tollat, & vēdat filios meos, Matth.* 18. tamèn iura Romanorum postrema talia submouerūt atrocia, & barbara, cautumque à *Constantino*, vt nemo carceres, plumbatarumque pondere, aut verbera, aliaque supplicia in debitorum solutionibus, vel ab iratis, vel à peruersis Iudicibus expauescat, *l. nemo, C. de exact. tribut. lib.* 10. quia nulla res est corporearum externarum, quæ in debitum venit, quæ possit ad pretium corporis conferri humani; vt æquum videri possit, corpora pro rebus minùs nobilibus
10 torqueri, nec liber homo functionem recipit, *l.* 1. *§. sed cùm liber homo, ff. de his, qui deiec.* ex quo homo liber cunctis rebus excellentior est, *l. iustissimè, ff. de edil. edict.* & proptèr hominem omnia creata, pro eis vero non homo, *l. in pecudum, ff. de vsur. & l. in pecud. ff. de rer. diuis. & Demosthenes contra Adrotionem, hoc interest*, ait, *inter liberum, & seruum, quod seruis omnia sunt corpora luenda, ingenuis autem, & si maxima facinora admiserint, tamen corpus suum tueri licet*, & *Abb. in cap.* 2. *de pign.* adnotauit, neminē se ob debitum, vel æs alienum posse vēdi, carcerivè abstringi, ex illa regula, quod nemo Dominus membrorum suorum, *l. liber homo, ff. ad l. Æquiliam*, & *Diocletianus, & Marcianus C. C.* ob æs alienum seruire liberos creditoribus cōpelli iura non pati, testantur *in l. ob æs alienum* 12. *de act. liber.* nèc obligari filios pignori, *l. qui filios, C. quæ res pign. oblig. poss. l. fin. ff. eod.* excepto casu necessitatis, famis, *l.* 2. *ff. qui patr. fil. distract.* & *in Iustiniani Constitutione in §. quia verò auth. vt nulli Iud. libert. habere hab. loc. ser. uit.* statuit vt creditor à debito cadat, & tantundem ei, qui retentus, vel parentibus eis dandum, ab eo qui retinuit, & ipse corporalibus pœnis nihilominùs à Iudice subijciendus, cùm carcer species seruitutis sit, nempè retineri, & concludi in loco: Vndè exire liber non possit, *l.* 2. *ff. de lib. hom. exib.* mutuum enim non habens quid in se contineat æquale personæ hominis liberi: cùm pre-
11 tiosior, & melior sit omnibus rebus homo, quia omnes res in se continet, à *Prothagora* homo vocatur omnium mēsura, & plus petit, qui corpus hominis pro re detinet, *l.* 1. *C. plus pet. lib.* 10. quod non compatitur mutuum, *l. rogasti, §. si decem, ff. de reb. credit.* prout singularitèr notat *Tholos. loco cit. sub n.* 8. qui vsque ad prædicta nobiscum conuenit *in dicto tract. de assistentia q.* 2. in cæteris verò, quæ sunt *num.* 10. non benè explicuit
12 *Tholos.* quando fatetur posse ex pacto id fieri ex pluribus instantijs, quibus hactenùs responsum fuit per nos inibi, vt videre poteris quibus rectè accessit *Donadeus de renunc. lib.* 2. *cap.* 28. & clariùs dicemus infrà.

Vlpianus enim mitiùs tradidit credito-

ditorem,eũ ſit Reipublicæ proſpiciendũ
prębere ſe debere exactiorem non acer-
bũ,vel contumelioſum,ſed moderatũ,&
cùm efficacia benignum, & cũ inſtantia
humanum,vt notat *text. in l.ſi benè col-
lat ę,33.ff.de vſur.&* Valentianus Cæſar
*in Nouella,excuſſ.cũ fragm.Codicis Grego-
riani,Hermogeniani,& Theodoſiani tit.7.
de indulg.* ſtatuit exactoribus publicorũ
vectigalium ne fiat dura exactio à iuri-
bus velut ab hoſtibus, ſtatuitque *potiùs
iuſtitiam miſeratione debita finiri.*

Probabilitèr enim tutus erit creditor
in pignore; quod in genere, & ſpecie
acceptionem habet, in genere continet
antichreſim,fiduciariam poſſeſſionem,
ſeù fiduciam,pignus hypothecam.

Fiduciaria eſt poſſeſſio rei vtendæ
data creditoribus pro vſu pecuniæ ei
debitæ,*text.in l.is,qui bona,& l.2. §.2.ff.
de pign. & hypoth.* & ſymbolizatur mu-
13 tuo vſus rei pro pecunia, vt ſi domum
appignorauit creditor vſurarum vice
inhabitandam, quamdiù pecunia non
ſoluitur,*vt in l.ſi ea lege 21.l.ſi ea pactio-
ne,C.de vſur.cap.ſalubritèr eod.tit.*ex pa-
cto videlicet, *vt in l.1.§.pacto, ff.de pact.*
cùm alioquin fructus pignoris compu-
tentur in ſortem, *l.1.C.de diſtr. pign.l.2.
C.de pign.& l.ſi domo,C.eod.*

14 Competit fiduciaria poſſeſſio depo-
ſito,vt ei ſit ſymbola,eſt enim ex iudicio
litis vindictarum petitarum poſſeſſio,nõ
iuſta, vel abſoluta, ſed veluti depoſita-
ria, ſecundùm *Budæum in l. dum de vin-
dicijs agit,ff.de orig.iur.*ex *Aſcodio Pedia-
no in Verrinas Cicerò*,quæ poſteà reddẽ-
dis rationibus, & fructibus eſt obnoxia
ad inſtar fiduciarij hæredis,qui fideicõ-
miſſarius, ex fide hæreditatem acceptã
reſtituere debet, *l.secùs, ff. ad Trebell.*fi-
duciarum pignoris, poſſeſſionem ſimili-
tèr eſſe putat, *Tholoſ.d. cap.5.n.2.* in pri-
ma miſſione, ex cautione de damno in-
fecto,*l.4.§.ſi intrà,ff.de damn. infect., &
l.ss,qui,ff.de damno infecto,*eſt benè ſym-
15 bola miſſioni in poſſeſſionem credito-
rum: rerùm ſeruendarum cauſa,*l.Prętor
ait cùm §§.& ll.ſeq. ff.de bon. auth.Iudici
poſſeſſ.*

16 Cęterùm fiduciam putant alij in pi-
gnore eſſe genus contractus,ſpeciali no-
mine Fiduciam nuncupatam,non tam à
pignoris contractu, aut genere diſcre-
pantem, quam pignoris ſpeciem quan-
dam conſtituens,vt ex eo apparet,quod
diſtracta à creditore fiducia, de ſuper-
fluo aduersùs eum debitor habebat
actionem, non ſecùs ſi nudum pignus
contractum fuiſſet, *l.elegantèr, §.ſi ven-
diderit,ff.de pign.act.Andr. Tiraq.in prę-
fat.de retract.conuent.in fine,* et contrahi
neceſsè erat, vel vt manciparetur, aut,
quod effectu idem erat, cederetur in iu-
re creditori per debitorem ad transfe-
rendum dominium in creditorem, vel
ſimplicitèr conſtitueretur idem, vt ità
res quidem creditori obligaretur; ſed
tamen proprietas maneret pœnès de-
bitorem,Prior ſpecies pignoris fiduciæ
nomen ſumebat. Poſterior nomen ge-
neris retinebat, vt ſimplicitèr pignus
diceretur, attamen vterque contractus
bonæ fidei erat, quia vterque erat pi-
gnoratitiùs, vt probat *Iacob. Cuiac. ad
Paulum lib.2.ſent.tit.13.§.1.* qui inſcri-
ptus videtur de lege commiſſoria non
ſymbola, quæ venditionibus adhiberi
ſolet, ſed penitùs in totum contraria,
quæ in venditione adhibetur, eo
ſpectat, vt dominium, quod emptori ex
pura venditione acquiſitum erat, eidem
ſub conditione auferatur; ſcilicèt ſi pe-
cunia, de qua pretij nomine conuenit
intrà dictum diem ſoluta non erit, et ſic
hoc pactum in emptione concipitur, vt
eam diſſoluat,*l.1. & 2.& l.ſi fundus in
princ.ff.de leg.com.Bart. in l.1.in princ.C.
de pact. pign.* quæ vero in pignoribus
adhiberi ſolebat potiùs eo pertinebat,
vt dominium per mancipationem, aut
in iure ceſſionem,acquiſitum creditori,
penès ipſum pleno iure re n mere: in
eo caſu,quo pecunia debita hodie ſolu-
ta non eſſet, et ſicut emptio ad com-
modũ creditoris inducatur, ità vt do-
minium in eum transferatur,*cap.ſignifi-
cante de pign.& l.vlt.C.de pact.pign.* poſt
Bald. & Cranett. notat *Mantica d. lib. 9.
tit.9.ſub num.2.* quamquam ſi contrario
euentu pecunia ſuo die ſoluta eſſet, fa-
17 ciebat pactio commiſſoria, vt domi-
nium pignoris debitori reſtitui oporteat
per contrariam ſcilicèt remancipatio-
nem, qui ſanè præcipuus fiduciæ effe-
ctus erat, vt ergo dominium, quod per
man-

Digitized by Google

mancipationem, aut cessionem in iure creditori quæsitum esset, nunquam ab eo discedere posset, nulla pactione opus erat: sufficiebat duntaxat semel quæsitum creditori, vt perpetuò penès eundē remaneret: cùm iuris ratio non patiatur, vt vel ad tempus, vel diminutum dominium cuius esse cæpit, initio ei auferatur, *l. si ego, §. 1. ff. de iure dot. & l. id, quod nostrum, ff. de reg. iur.* vndè vt dominium, quod per mancipationem, aut cessionem in iure ammissum fuisset à debitore, ad eum iterum deueniret, pactio non tantùm erat necessaria, quia nuda pactione rerum dominia non transferūtur, *l. traditionibus, C. de pact.* & nèc nudis traditionibus nullam causam habētibus, *l. nunquam nuda, ff. de acq. rer. domin.* sed etiam remancipatio, aut retrocessio, in iure qualis procul dubio ille fuisset, si creditor per mancipationem, aut cessionem in iure pignoris Dominus effectus, accepta postmodùm à debitore pecunia pignus ei redijsset.

18 Cùm dominij iusta causa illa transferendi esse non possit, si ex vna parte pecunia numeretur, ex alia verò, res aliqua tradatur, nisi ea numeratio, & vicissim traditio fiat ex eo iure, quod & legibus sit cognitum, & pro idoneo habitum, vt transferendi dominij causam præbere possit, aduertit singulariter *Ant. Fab. err. pragm. lib. 1. decade 2. err. 1.* illud etiam animaduertens, quod à paucis perpensum fuit, & si multo magis mirum, vt si res à testatore per fideicommissum relicta, ab hærede tradita esset, adeoque ex causa illa fideicommissi iuri ciuili prorsùs incognita: nec nisi à Prætoris fideicommissarij iurisdictione penderent: cū poterat causa illa fideicommissi iusta, & legitima videri, nèc consequentèr facere, vt dominium transferri possit per subsequutam traditionem, quę iustam, & legitimam causam non haberet, sic etiā contracta fiducia, pignorisque proprietate per mancipationem, aut cessionem in iure alienata, & in creditorem trāslata, non potuisset nuda pignoris retrotraditio dominium debitori reddere, sed mancipatio, aut retrocessio necessaria erat, quia soli sex erant modi transferendi olim de iure Quiritum dominia, vt *in tot. tit. de acquir. rer. domin.* & proindè lex illa commissoria in pignoribus apponi solita adinuēta gratia debitoris solius, non autem creditoris fauore: cùm non aliam ob causam adhibeatur, quàm vt amissam proprietatem debitor recuperare aliquando posset, quasi nunquam nec fuerat alienaturus, si eius quādoque recuperandæ fiduciam non contraxisset, quam *Galli* recredentiam appellant, vt probat *Tholos. d. cap. 5. sub n. 2.* quasi fide data de restituendo sicut scripsit *Liuius 1. de bello Maced. Philippo visum fuisse optimum Nabidi Tyr. Corinthum dare fideiussoriam, vt victori sibi restitueret, si quid, aut aduersi accidisset, & ipse haberet.*

19 Crescente audacia fœneratorum, sūpserunt ab eo modo, fraudem, & perfidiam, dolique materiam, qui vt plurimum pro re modica fiducias magni valoris accipiebant: & proindè ordinatum fuit à *Constantino Imperatore in d. l. vlt. C. de pact. pign.* vt penitus aboleretur memoria talis pacti, & proindè de eo nullam nunquam mentionem *Iustinianus* in compilatione iurium relinquere voluit, & si ceù *Vlpium* vestigia antiquissima extarent apud tractantes alio scilicèt titulo *de pignore* videlicèt sic dato, vt proprietas maneat penès debitorem, vt *in l. non est satis, §. vlt. ff. de pign. act.* ad differentiam fiduciæ, quæ non modo possessionem, verùm etiam proprietatem pignoris ad creditorem transferebat.

Quapropter cùm ità actum reperiatur, notat *Ant. Fab.* hàc in re, pessimos ne dùm pragmaticorum, sed quod magis iurium interpretum nonnullos errores, & primum illum præcipuum esse, quando formaut quæstionem de pacto legis cōmissoriæ, vt patet in nostris terminis inter grauissimos, grauissimum Authorem *Manticam d. cap. 9.* ibi, *pactum legis commissoriæ, vnde dicatur, & cur in pi-*
20 *gnoribus sit improbum, & quando admittatur*, & introducit quæstionem talibus verbis. Quoniam verò pactum legis commissoriæ sæpissimè in pignoribus adijcitur, pluresque habet ambiguitates bene est, vt de eo paulò diligentiùs dignoscamus, quo verò faciliùs possit intelligi primo dicemus: vndè pactum

pactum legis commissoriæ sit appellatũ, cur in emptione, & venditione sit receptum, in pignoribus autem improbatũ? & quod attinet ad primum articulum, respondetur, pactum legis commissoriæ ex eo fuisse appellatum, quod pignus incidat in commissum, si tũc valeat, & debitum præstito tempore nõ sit solutum, dominium à debitore aufertur, & creditori acquiritur, vt tenor pacti declarat, quemadmodum exemplo commissum emphyteuticum lex commissoria appellatur, de quibus loquitur *l. 2. C. de iure emphyt. l. cõmiss. ff. de pub. ven. act. &c.*

Nam cùm lex illa commissoria nihil aliud sit, quàm pactum, perindè est, ac si pactum pacti commissorij appellaretur, nisi quod magis de ea lege intelligeretur, quasi aliqua sit ex *legibus Populi Romani*, vt à *Francisco Ottomano* traditum est: cùm enim legem in hoc dicamus, quia iustæ conuentionis cuiuslibet hoc ius habet, vt legem det contractui, *l. 1. §. si conuenit, ff. depos. l. contr. ff. de reg. iur. l. lege, C. de pact.* quam, & formam notat *I. C. in l. in cõuentionalibus, ff. de verb. oblig.* igitur legem commissoriam semper dicere debemus, nunquàm pactum legis commissoriæ continere, licet in se latcat ità dictum ab *Innoc. in cap. significante extra de pign.* sequuto audacter interpretum errorem, vt alijs plerisq; locis à scriptoribus Pontificum compositorum factum fuit, vt patet apud *Caramuel Episcopum* pluribus in locis suæ *Theologiæ Fundamentalis.*

Qui omnes ab omni veritate valdè alieni sunt, & signantèr *Card. Mantica* affirmans legem, & pactionem eiusmodi in pignoribus ità concipi, solitum esse putant vt si pecunia, pro qua pignus datum est intrà certum diem nõ soluatur, dominium pignoris acquiratur creditori, quasi forsitan ex ista pactione fiducia nasci valeat, quãdo nullibi compertum inuenies etiam ante *Constantini* tempora, vt ex solo pignoris pacto, quæri potuisset creditori eiusdem dominium ex

21 eo, quia non est pignoris titulus habilis ad inducendam dominij translationem, etiam sequuta traditione, quandoquidem, qui simplicitèr dat rem pignori, hoc tantum agit, vt eam obliget non alienet, mancipatio plusquã traditio dicitur, inducit enim omninò translationẽ, & alienationẽ dominij: vndè, & nomen habet: nàm in eo differentia est rerum, mancipi, & nec mancipi: verùm traditio omnis alienatio quidem est, & non solum dominij, sed interdum solius ipsius possessionis. Porrò facta mancipatione, superuacua est pactio, quæ adhibetur fauore creditoris, cui iam plusquam satis per mancipationem prospectum est, attamen prospicere sibi debet debitor, vt quandocumque pecunia soluta, rem suam recuperare possit, aliud verò remedium in eam rem nullum est, quia vt ab initio nonnisi contracta fiducia accipiet, quod cùm fiat tùnc quidẽ commissoria lex adhibetur. Alium esse intolerabilem errorem, probat *Faber*, quando legem commissoriam odiosam esse affirmant, quasi supramodum facientem creditoribus, quando totus fauor debitoris est, & proindè dicere magis debuere, ideò abolitam à *Constantino* legis commissoriæ in pignoribus memoriam, quod non alio casu possit vsui esse, quàm quo fiducia contracta proponeretur, nèc rursus fiduciã contrahi, nisi eodem demum casu, quo pignoris mancipatio, & consequentèr alienatio facta esset, pignoris dandi modus satis odiosus esse cæpit, & si fænerãtes hanc opprimendorum debitorum rationem optimam crediderunt, accipientes pro ære modico fiduciam magni valoris, & sic non fiduciæ contractæ, hoc est legis commissoriæ odium nullum fuit, sed mancipationis, quæ tamen sicut non fiebat, nisi constituta per legis commissoriæ adiectionem fiducia, idcoque cum mancipatio, quod erat generale nomen, verus fiduciæ contractus dicebatur, ità nec potuit in futurũ prohiberi, quia reliqua etiam pars contractus quantumlibet fauorabilis debitori prohiberetur: talem enim proculdubio *Constantini* lex vim habet, ibi, *crescente legis commissoriæ asperitate*; nõ enim de asperitate intellexit *Constantinus*, quæ fuerat in vsu, & forma legis commissoriæ, sed de ea, quam creditores exercebant, in eiusmodi mancipationibus pignorum ineundis, quæ nonnisi

nisi protextu contractæ fiduciæ tolerabantur. Illud sanè verum est odio creditorum factum fuisse, vt legis commissoriæ vsus sit antiquatus in pignoribus, præterea quod sublata fiducia pignoris mancipatio nulla fieri possit, & si quæ fiat, pignus esse desinat, quod sic alienãtur, vt æris redhibendi nulla spes supersit, & nihil fuit creditori faciliùs ad pelliendum debitorem, vt rem magni pretij pro exiguo debito manciparet, quam abiecto fiduciæ remedio, quo adeo expers debitor facilè sibi persuaderet parũ sua interesse pluris nè, an minoris pignus esset, quippè quod tãtò faciliùs adhibitum inspiraret, quanto minor foret pecuniæ quantitas, pro qua pignus datum fuisset, eo modo, vt spes est in eo, qui vendere solet cùm pacto de retrouendendo, prout symbolæ sint in hoc vtræquè.

Quo fit vt insulsè etiam assignetur per interpretes ratio: cur talis lex sit improbata, & duplex reperitur excogitata ratio apud *Mantic. loco cit. d. vers. & hoc pactum.* Prima, quia qui mutuam pecuniam est accepturus, necessitate quadã astrictus facilè cuilibet petitioni se submittit; quæ ratio, cùm emptio, & venditio dissoluitur cessat in pignore, Secunda, quia tale pactum inducit vsurariam prauitatem: cùm concipiatur, vt creditor sub conditione dilatæ solutionis rem debitoris pignore obligatam iniusto pretio emptam habeat, vt dominiũ sibi acquirat, & consequentèr illius pactis, quæ iusto pretio deficit lucrum faciat, & ità alijs occasionem fænerandi, præbeat: cùm vsura omni iure prohibita videatur *cap. consuluit de vsur.*

Quia non ea, est duplex ratio præcipua *à Mantica* assignata; sed potiùs, quia dominium iàm in principio quæsitum ex lege illa creditori, deficiente conditione, ob defectum crediti non redditi in suo tempore, cessaret fiducia, & sic eiusdem dominij mancipatio, & in iure cessio iterùm à creditore debitori, & sic illa pluris valentia pignoris non consideratur in actu commissi pignoris, solutione cessante in tempore suo, sed benè in principio delati dominij, quod in tradendo pignore fit; non minùs, ac si tradatur res emptori cùm pacto de retrouendendo, quod quidem pactum nõ facit, quominùs rei venditæ dominium non transeat ad emptorem, proindè quia dominium illud traditum rei pignoratæ creditori, etiam interim pendente conditione, vel mauis tempore delata ad restituendum mutuum, licèt in principio posset esse lictum sapiens mutuum venditionis dissoluendæ; tamẽ adimpleta conditione, siuè mutui restitutione; verum pactum illud noxium duplici ratione ex creditoris astutia cõpertum fuit. Prima, quia dominium illud trãsferebat fructus pignoris in creditorem, qui forsitan respectu vilioris rei pignoratæ, & exigui mutui, extingueret sortem principalem. Secunda, quia licèt à principio lex illa traderet pignoris dominium in creditorem, poterat euenire, vt crescente debitoris necessitate, redderetur prorsùs ipse inhabilis ad soluendam pecuniam creditam, & remaneret destitutus fiducia, & pignoris mancipatione, ad quas exercendas non poterat vrgeri creditor, nisi in tempore sibi solueretur ex lege illa, & consequens aliud haberet damnum, & ex isto probabili damno eiusdem legis memoria abolita rectissimè fuit, à qua duplici ratione nascitur cognoscibilis alius error eorum, qui tenẽt, tale valere pactum, si non incontinenti; sed si ex interuallo illud in pignore adijciatur, & eò magis errant, quãto minus naturam hanc legis non comprehenderunt, & proindè ab incognito nullatenùs arguere, & rationem formare ambigerũt.

In supposito enim eorum, qui credũt legẽ istã commissoriam in pignore, tali argumẽto in quæstione reduci, an scilicèt pactum legis commissoriæ interuallo pignori adiectum, nempè vt si intra certum diem pecunia non soluatur, maneat pro debito emptum creditori, quæ conuentio tanquàm valdè aliena à lege commissoria, non est reducibilis sub quæstione nostra.

In ea præposità quæstione poterit lex illa ex interuallo pignori adiecta locũ sibi vendicare secundùm Doctores *à Mantica allegatis tit. 10. sub n. 2. d. lib. 1 1.* ratione diuersitatis, quando à principio appo-

apponitur lex illa, quia tùnc: cùm debitor egeat facilè inducitur ad paciscendum arbitrio creditoris, vt pecuniam accipiat, & proindè pactum ceù suspectum reprobatur, quia continet quandam asperitatem, & violentiam *d.l. vlt. C.de pact.pign.* quæ ratio cessat quando hoc pactum ex interuallo est subsecutũ, quia tùnc cessat debitoris indigentia, ex iam pecunia sibi absque illo pacto credita, & consequentèr solebat dicere *Bart. in l.creditores lect.2.sub n.12. C. de pign.* quod sicuti debitor potest dare insolutum purè, cui paritèr potest dare sub conditione, quia cessat ratio, quod necessitate fuerat coactus rem suã iniusto vendere pretio, quæ habet locum si pactum sit conuentum ab initio temporc initi contractus, vt notant *Cyn. in d.l. vlt. circa medium, C.de pact. pign. & Salyc. ibid.num.2.in fine,* vbi dicit, quod aduocati antiqui, & hodie moderni faciebant apponi in instrumentis, *si pecunia ad tempus non fuerit soluta, fundus debitoris sit creditori emptus pro iusto pretio declarando arbitrio talis, & talis, quos ex nunc dicti contrahentes in arbitratores, & bonos viros eligunt,* ac quomodo hoc intelligatur dicemus infra.

In formula vero legis nostræ, quam in emptionibus, & venditionibus, primum vsurpatam, deindè ad causam fiduciarij extensam fuisse, certum est, & ideò non dissimilem verborum conceptionem, hoc, & illo casu habuisse: cùm diximus in emptione, & venditione, sic concipi legem commissoriam, vt si ad dictum diem pretium non soluetur fundus sit emptus *l.1.2. & 3.ff. de leg. commiss.* sic etiam ex contrario in pignore concessimus, vt si pecunia in diem non soluetur, res obligata sit inmancipata, quia tùnc demùm lex commissoria in pignore adhibita intelligeretur: cùm conuenerit, vt res non tantùm obligata, sed etiam mancipata, & alienata remancipetur debitori, & ad eum redeat, si ad diem pecunia soluetur. Porrò sublato vsu mancipationis illius fiduciæ, nihil aliud est, quod de lege commissoria quæri valeat, siuè incontinenti, siuè ex interuallo ex pacto adiecta sit, qua circumscripta, redeamus ad illam, quam communitèr Doctores appellant. & Primo vtrùm si incontinenti, & secundo vtrum si ex interuallo adiecta sit pactio illa.

Nam quoad primum *Marcianus in l. si fundus, § vlt. ff. de pign.* disposuit, posse ita fieri pignoris, hypothecæuè dationẽ, vt si intrà certum tempus, non sit soluta pecunia, iure emptionis possideat creditor rem iusto pretio, tùnc estimandam, videtur enim isto in casu quodammodo conditionalis venditio, & ità *DD. Seuerum, & Antonium rescripsisse*: Vndè inducit *Marcianus* iàm olim ita ius fuisse, vt cùm valerer ea pactio, qua pignus in casum pecuniæ, sua die non solutæ creditori, pro ipsius debiti quantitate emptum intelligeretur, alioquin, quid attinebat de ea conuentione tractare, quæ & iusti pretij mentionem adderet, & illam iusti pretij definitionem in id conferret tempus, quo solui pecunia debuisset, an vero pactionem illam omni tempore, idcirco inutilem fuisse affirmamus ex eo solo, quod contineat legẽ commissoriam. vt vulgo creditum est, non enim quia *Marciani* temporibus nõ dùm antiquata erat lex commissoria in pignoribus, quam primus antiquauit *Constantinus*, qui multis, post *Seueri, & Antonij*, sæcul.s imperauit, sed verius illius iuris ratio illa fuit, quod fieri non potuit, vt in eundem casum, idemque tempus, & pignus, contractum, & venditio pignoris facta videretur.

Vnde malè putarunt interpretes, ideò nec etiam valere pactionem, si debitum tempore præstito non soluatur pignus sit datum in solutum, quia qui necessitate vrgetur, huic dationi in solutum facilè consentit, vt mutuam pecuniam pactio accipiat, & sic curreret eadem ratio legis commissoriæ, quia id *Interpretes* non probant, ante *Constantini* tempora, id etiam fieri nullatenùs potuisse, & si hic vsus adhùc non fuerat antiquatus, ex quo permisso tali vsu, cessaret proculdubio talis legis ratio, & sic nulla legis virtus elusoria reddebatur temporibus illis, vt auxhumat *Mantica loco cit. sub n.8.9.10. & 11.* vbi màlè etiam interpretatur *d.l. si fundus, §. vlt.* vbi *Africanum* dixisse ait,

quando res datur, quæ cum sit pignori obligata, quia, ibi, de hac vera quæstione agebatur, non de pura re insolutum danda, vt patet *ex Marciani* verbis, quæ talia sunt, *Potest ità fieri pignoris datio, hypothecanè, vt si intrà certum tempus nõ sit soluta pecunia iure emptionis possideat rem iusto pretio tùnc æstimandum*, hoc enim casu videtur, quodammodo conditionalis esse venditio, & ità *Diui Seuerus, & Antonius* rescripserunt, *l. sed ideo*, quia incompatibilis est contractus, vt in principio, & pignus sit, & pignoris venditio, quoniam qui pignus dat simplicitèr nulla scilicèt mancipatione interueniente, neq; fiducia, id prorsùs agit, vt rei proprietatem sibi retineat, & solam possessionem in venditorem trãsferat, *l. cùm, & satis, §. vlt. ff. de pign. act.* qui verò vendit licèt ad hoc præcisè non sit obligatus, vt rei venditæ dominium transferat in emptorem, sed vt rẽ tradat dumtaxàt, & si alienam venditã, id tamen omninò agere cogitur, vt quicquid iuris habeat in emptorem transferat, ergo, & dominium si Dominus ipsius rei venditæ Dominus sit, *l. exempto, §. 1. & l. si rem alienam, ff. de contrah. empt.* Pignus enim in eum præcipuum casum datur, quo soluta creditori sua die non erit pecunia. Casus enim ille est, in quem sibi cautum, & prospectum vult creditor, qui pignus accipit, licèt statim atque conuenit de pignore, & prius etiam, quàm solutionis dies cesserit, pignus contractum intelligatur: sequens proindè est, vt in eum ipsum casum, eiusdem pignoris venditio contrahi nõ possit, quod tamen eueniret, si pignus sic dari posset, vt in casu pecuniæ sua die non solutæ, creditori emptum esset, debitique quantitas cederet in pretij locum: Ità enim fieret, vt eadem pecuniæ quantitas, & pignoris causam induceret, & faceret pretium emptionis, quod sanè fieri non magis potest, quàm vt pignus quodlibet emptionis nomine, iureque censeatur.

Diuersum est si conuenerit vt ob nõ solutam pecuniam sua die, retineat creditor iure emptionis rem obligatam iusto pretio estimandam, non quia euidentèr cessat in hoc casu causa prohibitionis, vt firmat idem *Mantica loco cit. sub nu. 19.* sed quia adiecta iusti pretij conuentione sit, vt appareat id actum, intèr creditorem, & debitorem, vt pecunia debita loco pretij non esset, quæ nec sanè iustum pretium afficere nunquam potest: cùm vix sit vt non multo pluris sit pignus: quàm quod debetur, & sic nihil obstat quominùs, & contractum pignus, & venditio conditionalis facta esse existimetur, conditionalis scilicèt: cùm tam ob eam pactionis conditionem, si pecunia debita suo die soluta non fuerit: cùm sit naturalis, tacitaque pignoris conuentionis conditio, *l. gregè, §. etiam, ff. de pign.* quàm ob collatam in alienum arbitrium pretij taxationem, *l. hæc venditio, ff. de contrah. empt. l. vlt. C. eod.*

22 Nàm si contraheres, vt pignus, si cẽtum, quæ debentur sua die soluta non erunt, creditori emptum illud sit pretio ducentorum, tùnc hæc pignoris distractio defendi non potest tamquàm venditio etiam conditionalis, quia seipsam destruit conuentio, quæ eodem tempore, & pignus facit, & venditionem constituit, nèc obstat, venditionem in certũ dumtaxàt casum fieri posse: cùm in eo illud videtur esse, in quo tota pignoris vtilitas transfertur: cùm neq; possit vtile videri pignus, quod distrahi nequit, *l. si conuenerit, & seq. ff. de pign. act.* neque prius ad pignoris distractionem perueniri, quàm dies cesserit, intrà quã omninò soluere deberet, *l. cùm soluenda, ff. de distr. pign.* nàm tempus ex consuetudine fæneratoribus concessum, non adimitur, vt eo lapso, pignora prorsùs, & simplicitèr illis fiant propria, sed ità demum, vt ex illorum venditione sortẽ cùm vsuris illi superesse possint, & valeant, quibus acceptis, æquitate suggerente iurisque ratione explanante, superest, vt reliquum debitori restituatur.

Neque potest ijs suffragari protestũ, quod suorum iniustitiam palliare somniant interpretes, pignora nunquam tẽpore elapso, sortem, & decursas vsuras præstare non posse, ac sic suis permissis fraudare vsuris, huiusque namque periculi casum facili prouidentia fæneratoria contendunt, quando dumtaxàt habita

habita ratione dimidij valoris oblati pignoris, sua mutua vsuraria ex consuetudine per eos etiam inuiolabilitèr antiquitùs obseruata exercent, adeo vt nihil illis periculi superuenire possit per temporis huiusmodi decursum.

Quod non sic esset, cui pretij conuentio in id tempus delata, quo pignus ob non solutam sua die pecuniam à creditore distrahi iure creditoris etiam citrà conuentionem posset, notat *Tholos. d.lib. 23. cap. 9. n. 15.* non enim eo casu potest videri eodem tempore contracta venditio, quo & pignus, quandoquidem ante pretij conuentionem nulla emptio contracta videri potest, & nequidē obligatio vlla ex qua possit agi, vt conditionalis venditionis conditio impleatur, *l. non ab eo, ff. de contrah. empt.* ac neque debitoris quicquam interest, vtrum post diem solutioni dictam, pignus in eo sit, vt boni viri arbitrio æstimandum sit iusto pretio ad perficiendā conditionalem venditionem, an in eo vt possit illud creditor proprio iure distrahere, nulla quoque de distrahendo, præcedente conuentione: neque in eo casu conditionalis videtur in eam causam pignoris conuentio, quasi sola conditionali venditione: nàm priusquā de pignore conuenerit, nulla dùm emptio esse intelligitur, pignus intererat esse, & manere necessè est, cuius comodum, & vtilitas in hoc cessabit, vt retineri interim possit, adeoque etiam si pecunia debita, dummodò nonnisi post diem offeratur nimirum, vt cogatur debitor conuentioni satis facere, & venditoris conditionem implere, ad quod alioquin cogi non potuisset, *d. l. cū ab eo.*

Quod namque magis ad conditionalis venditionis conuentionem implendam pignus retineri possit, quam etiam ob chirografariam pecuniam quamlibet retineri possit, namque etiam pignus, sic contrahi potest, vt venditio illa siue pura, siue conditionalis simul contracta esse intelligatur, si iam dum non pignus debebatur, de pretio conuenerit, quoniam pignus, & venditio se inuicem non compatiuntur, delata vero in illud tempus conuentione pretij, nihil vetat pignus ità contrahi, vt ex eo tempore obligetur debitor ad vendendum pignus sub ea conditione si vir bonus, aut si viri boni arbitrio contrahentes pignus existimauerint.

Et in hoc dignosces conciliationem Doctorum contrariam opinionem tenentium, pignus sub hac lege dari haud posse, etiam si ea ex interuallo apposita foret, vt affirmatiuæ aduersantur, *Tiraq. eod. tract. de ver. inuent. n. 134. in fine, Couarr. var. resolut. lib. 3. cap. 2. n. 8. vers. tertio hinc etiam probatur*, ex eo, quia eadē est causa prohibitionis siue ab initio pactum fuerit, siuè ab interuallo subsecutum, & siuè actio, & siuè exceptio proponatur, quia affirmatiua opinio, circumscriptis talibus extraneis principijs, quæ huic legi haud naturalitèr accomodari possunt pro defensione affirmatiuæ opinionis, quam probat *Mantica*, licèt non intrinseca ratione *d. tit. 10. sub n. 3. & 4. lib. 11.* quia ex illo pacto res illa obligata nihil vetat, si posteà cedatur, siuè purè, siuè sub conditione, nèc nimis creditori, quam alij cuilibet: nàm creditor in hoc casu non tanquàm creditor contraxisse videtur, sed tanquā quilibet tertius, cui tanquàm tali non repugnat, quominùs, & ipse idem pignus subhasta positum & emere, & abdicare possit, vt probat *Mascatellus in praxi S. R. C. par. 3. gl. adiudicantur sub num. 4. & 9.* secùs si ipse vendat, & per intermediam personam emere velit, *l. ei qui C. de distract. pign. Franc. Balb. de pign. cap. 17. in fine.*

Quod & vult etiam dicere *Marcianus in d. l. fundus, §. vlt. ff. de pign.* in qua tractat casum illum, in quo pignus datum sit: vt de ipsius quoque venditione simùl actum fuerit, in quem casum ità demum cadere debet distinctio, an de pignore rei pretio simùl, & semèl conueniat, vel nè, in primo casu obstat contrarietas, in secundo verò valet venditio, & insolutum datio, at si purè, vel sub conditione principalitèr venderetur, insolutumque daretur. vt inuenit dispositio, *text. in l. Titius, ff. de pign. act.* cùm circumscripta tali lege incompatibili promiscua, & in dando pignus, & in illud pro empto habendo, non est quod incontrarium sit, vt distincta postmodū

functione, & idem pignus ceù res vendenda considerata, non possit, & vendi, & insolutum dari, tàm extraneo, quàm ipsimet creditori, quæ quidem ratio incontinenti legi adiectæ, obstat etiam, si dictum fuerit, vt si debitum sua die solutum non erit, emptum sit creditori pignus pro ea quantitate, quæ debetur, etiam si pactio eiusmodi fiat ex interuallo, quia eadem ratio, quæ vrget quādo incontinenti hæc pactio fit, obstat etiam si ex interuallo, ex quo fieri nequit, vt eiusdem conuentionis potestate, eadem pecuniæ quantitas, & contrahendo pignori, & ineundæ venditioni subseruiat, vt scilicèt creditor pignoratitius simul, & semel fiat emptor, siuè purè, siuè sub conditione, quemadmodum eiusdem pactio, ex interuallo interposita, nihil alterat in modo contrahendi, quominùs creditor, & emptor simul non sit, quamdiù id agatur, vt eadem pecuniæ quantitas, pro qua pignus datū est, manente semper pignore, officium pretij quoque fungatur, ex quo nulla prorsùs emptio facta intelligi potest, ne quidem sub conditione, siquidē venditio nata ex pretij conuentione, estimatur, quod esse non potest, quando tota quantitas in vtilitatem pignoris durat, & manet.

Et ad hoc non aduerterunt Doctores sequuti *Bart. in l. creditores nu. 2. C. de pign.* indistinctè tenentes valere pactum commissorij, quoticscumq; ex interuallo apponitur, vt saltim vtile sit ad excipiendum, & si non ad agendum, ex eo moti, quod *Vlpianus Calippo* respondet *in l. Calippo*, aliàs *in l. quamuis, ff. de solut. quamuis stipulanti vxori vir spopenderit, dirempto matrimonio, prædia, quæ doti erant obligata insolutum dare, tamen satis esse offerri dotis quantitatem*, qui text. ad hanc nostram materiam non pertinet, neque ad pignoris venditionem, vel dationem in solutum, sed ad promissionem dumtaxàt de dando insolutum, quæ ab ipsa datione multum distat, sicuti aliud sit vendere, vel donare, aliud sit promittere se venditurū, aut donaturum quemadmodum idem *Bart. tractat. in l. vlt. ff. de condict. caus. dat.* quanquàm, & illud multo faciliùs est, vt ex promissione de vendendo obligetur quis ad vendendum; licet nullatenus compelli possit, etiāsi promittat de vendendo, locando, & permutando, vt post longam Doctorum remissionem confirmat *Donad. de renunc. cap. 2. sub n. 32. & seq. lib. 2.* vbi id etiam extendit in promissione de renunciando, in quorū materia semper attendendus est circuitus, quia de re onerosa, & præiudiciali agitur, licèt secùs dicat esse in pacto de donando, quia tùnc euitatur circuitus, & dicitur donatum fuisse, quam ex promissione de dando in solutum, dare postea compellatur, habet enim hæc promissio causam necessariam de insolutum dando in principio, nempè tacitam conditionem necessariam, & inseparabilem, si debitum manebit, quæ cōditio deficit, ablata quandocumque ea pecuniæ quantitate, quæ debetur; adeo quod si nihil debeatur, nulla sēper erit datio in solutum, ac si per errorem facta sit pro maiori quantitate, quàm quæ reuera deberetur, nulla ex parte valeat, nec quidem ad inducendam, pro eo, quod re vera deberetur liberationem *l. si non sortem §. cert.* vbi *Bart. ff. de condict. indeb.*

Ex quibus collige primo, quod sicuti creditor non debet esse importunus exactor aduersus suum debitorem, sic etiam debitorem non oportet immemorem esse, vt creditori, quod debet, soluere habeat, & sic cessaret ab vtroq; omne peccatum, & fides credendi in
23 mundo seruaretur, quæ ob debitorum perfidiam, & impunctualitatem, adeo mortua est, vt nèc quisquam vltro valeat officium pietatis exercere: cùm pro retributione beneficij omninò maleficium, & contumeliam reportet, vt patet istis temporibus calamitosissimis.

Secundo collige, quod ex ista desperata fide accessit tuitio in pignore, quemadmodū creditores experti posse non de facili agere in personam, adinuenerunt pignoris firmitatem, & successit adagium illud, de quo apud *Iuuen. Sat. 13.*

Nunc si depositum non inficietur amicus

Si

Si reddet veterem cùm tota erugine follem:
Prodigiosa fides, & Thuscas digna tabellis
Quaquè coronata lustrari debeat agna,
Egregium, sanctumque virum si cerno, bimembri
Hoc monstrum quaero, & miranti iàm sub aratro
Piscibus inuentis, & fetæ comparo mulæ.

Cuius quidem finis est, vt creditor debitum in tuto ponat, cùm plus cautionis sit in rem, quàm in personam *l. plus cautionis, ff. de reg. iur.* & etiam vt ipse
24 debitor faciliùs, & promptiùs debitū inueniat, & sic vtriusque gratia debitū adinuentum est, *l. 1. §. creditor, ff. de act. §. fin. instit. quib. mod. re contrah. oblig.* & creditor, qui pignoris cautionem habet præfertur in debiti repetitione ei, qui personalem dumtaxàt actionem habet, *l. eos qui C. qui pot. in pign. hab.* & agit contra tertios pignoris defensores, *l. si fundus, §. in venditione, ff. de pign.* & proindè hæc cautio solet adhiberi in omnibus ferè contractibus, *l. si rem alienam, §. non tantum, ff. de pign. act. & l. res hypotheca, ff. de pign.* & in Regno, data illa cumulatione, de qua *in pragm. vnica de assist.* experitur eodem remedio, de quo apud nos *in tract. de assist. q. 1.*

Tertio collige, quod non per hoc, quod fides sit diminuta respectu debitoris, inspicitur aucta respectu creditoris, sed illud magis: cùm creditor etiam infidus non contentus de huiusmodi cautione, vndique quærit quando possit debitorem in pignore decipere, & circumuenire huiusmodi fallacibus in pignore pactionibus: cùm accessionibus vsurarijs, in illo scilicet tempore hoc erat, nùnc vero alio non indigent debitores, nisi misericordia creditorum, à quibus velut hirundines exanguantur, vnica dumtaxàt distinctio-
25 ne, quod olim tales abiecti, & infames reputabantur, nùnc vero, ceù primarij homines vbiq; præcipuum locum obtinent, & scio ego, & vidi etiam in aulis Principum, & Ministrorum tales vilissimos homines, alioquin, *laua caionse*, ditatos, honorificè susceptos, comitatos, & ad instar titulatorum primi ordinis in peculiari aula auditos, & insignes, edoctos, & perspicuos in vulgari loco exceptos, neque eis signum aliquod capitis honoris gratia factum: vnde desine, ò *Regens de Ponte*, desine excandescere in tali negotio, prout in tuo *tract. de potestate Proregis tit. de elect. offic. 3. §. 8. nu. 21. & seq. & sign. nu. 27. & 30.* exclamas: nàm etiam scurræ sunt à latere Principis, & infames diuites, vt diuitijs non pareant Principes, sed in despectū fortunæ eas eripiant, sunt notæ historiæ hoc sufficit.

26 Quarto collige, quod licèt creditor rogetur à debitore, vt deficiente sua fide pignus habeat emptum, si tamē talis rogatio præcesserit à tali lege commissoria, de qua supra, nec etiam pignus sibi quærere potest creditor *Afflict. in cap. 1. n. 7. de feud. dat. in Vic. leg. com.* tametsi aliud dixerat inibi *Bald. n. 7.* in illis veebis, *vt ibi interuenit pactum rogatu debitoris, & eius gratia, non vero gratia creditoris*, tamen *Mantica d. lib. 11. tit. 9. sub n. 8.* sequitur opinionem *Afflicti*, ceù consentaneam, & p issimam, ex quo debitoris præces non possunt immutare, quæ de substantia pignoris est, vt scilicèt tamdiù tale sit, quamdiù aliter extra incompatibilitatem vendi, vel in solutū dari possit, vt supra probauimus.

27 Collige quinto, illud etiam sibi locum vendicare in lege commissoria in pignore, vt si etiam dictum fuerit, vt si debitor non soluat intrà aliquod certū tempus, pignus luere non possit, quia hæc etiam in se habet, vt pignus sit creditori insolutum datum *gl. in d. l. vlt. C. de pact. pign. Ias. in l. qui Romæ in princ. num. 24. in fine ff. de verb. oblig. Bald. in d. cap. 1. num. 2.* sequitur *Mantica loco cit. num. 6.*

28 Collige sexto, quod lex improbata intelligitur non solum si sit conuentum secundum vulgarem formulam, de qua per nos supra, sed etiam si per symbolā *ut in d. l. 1. et fin. C. de pact. pign. Ias. in d. l. qui Romæ n. 35. in fine Tiraq. de retr. conuent. n. 118. Couarr. var. resolut. lib. 3. c. 2. num. 7. vers. prgterea licèt deficiente hypotheca.*

29 Collige septimo, quod licèt valeat pactio,

pactio, vt non ob solutam sua die pecuniam, pignus insolutum datum, non minùs valeat, quàm si pro debiti quantitate sit venditum terminis, de quibus supra accedentibus: cùm insolutum datio traditioni magis symbola sit, & eodem in omnibus audactèr iure cẽsetur, signantèr cùm vtrique illud commune sit, vt siuè pignus vendatur, siuè insolutum detur, non tantùm dedit, sed quod omninò consequens est, etiam pignoris obligatio tollatur, *l. si non fortem, §. si centum, ff. de condict. indebit.* adeo enim, vt pignus cùm datione insolutum magis sit symbolum, quàm cùm venditione, quia pignus supponit debitum, prout insolutum datio, quod non est in venditione, tamen non idem est in casu, quo valeret datio pignoris insolutum, sic facta, vt conditionalis quoque venditio simùl contracta videretur, quemadmodum in specie *in d. l. fundus, § vlt. ff. de pign.* eodem casu valituram insolutũ dationem: cùm in venditione illam vtilem facit pactionem, quod pretij cõuentio in aliud tempus conferatur, ità vt neque vẽditio pignus impediat, neq; à pignore impediatur. In datione vero insolutum nihil est, quod aliud in tempus transferri posit, quoniam in ea pretium nullum accedit, vel si quod interuenire intelligatur, vt venditioni symbola videri posit, aliud esse id non potest, quàm id ipsum, quod debetur. Alioquin si addas, quid vel minimum, aut detrahas non symbola, sed vera venditio afficietur, essetque hoc casu datio insolutum symbola venditioni conditionali sic initæ, aut ab initio teneri de pretio conuenisset, quam valere supra negauimus; tùm etiam: cùm alia pretij, quam debiti ratio in quantitate constituta est, quanto minùs valebit datio insolutum, quæ non nisi pro ea ipsa quantitate, quæ debetur fieri potest.

Nèc obstat si obijceres, rationi huic consequens potiùs videri, vt tale pactũ in datione insolutum non improbetur, quandoquidem, nulla pecuniæ quantitas, & pignori, & dationi insolutum subseruit, quod in venditione esse non potest, quia

Respondetur, non hoc bene fuisse illatum, quia licet, & ipsa quantitas, quæ debetur, & pro qua pignus datum fuit conueniat dationi insolutum; nihilominùs tamen pignus, & datio insolutum se inuicem compatiuntur, imò tanto minùs, quanto faciliùs est, vt pignoris datio efficiatur datio insolutum, quam venditio: cùm ex solo etiam consensu perficiatur, præsertim possessione pignoris, quod insolutum datur pœnès creditorem iam constituta; nèc vllam requirat pretij conuentionem: nàm statim atque, datio insolutum perfecta est erumpit debiti obligationem, quod vtique pro iam soluto habetur, *d. §. si centum*, & quamuis eadem sit quãtitas, pro qua & pignus datur, & insolutum datio fiat, alio tamen iure censetur, quoad causam pignoris attinet, aliud quoad dationem insolutum, siquidem in pignore spectatur tanquàm debitor, in datione insolutum vero, tanquam, quæ deberi desinat, quæ sunt omninò contradictoria, vt eadem pecuniæ quãtitas, quasi debita, & quasi indebita cõsideretur in eadem pactione. Idemque est, siuè in ipsa pignoris datione, siuè ex interuallo cõueniat de datione insolutum, vt supra dictum fuit. Quid enim si crediderim tibi centum, & priusquè de pignore vllo, inter nos cõueniremus id egerimus, vt si pecuniam sua die nõ solueres, fundus Titianus mihi eo pretio emptus esset, conditionalis emptio contracta videbitur, & ideo valebit; sicuti, & datio insolutum, si qua eodem modo facta proponatur *arg. l. vlt. ff. de contrah. empt.* Nèc ad rem pertinebit, quod posteà, & in eodem ferè instrumento conueniat de pignore ad contractum, vt sit confirmandum, alia namq; ratio est pignoris, quod pro debito datur, alia eius quoad venditionis siuè purè, siuè conditionalis contractum confirmandum adhibetur, illud cùm venditione, aut datione insolutum simul stare non potest: Hoc potest veluti accessorium, easque scilicèt quas ipsa venditio admittit conditiones. Ita fit, vt ordo scripturæ spectandus sit, vt alias plerumque euenit, quoties nimi rũ inducit diuersitatem iuris, & voluntatis, *l. he-*

l. heres mei, §. vlt. ff. ad Trebell. l. quoties, ff. de vsufr. l. generalitèr, §. quid eorum si plures. ff. de fideicomm. libert.

30 Collige octauo, quod eo magis tale pactum valeat ex interuallo interpositum, si ad eius firmitatē adiecta sit clausula, *Ex nunc, pro tunc, & è contra*, quia natura eiusmodi clausulæ est firmare contractum, *ex tunc*, licet inualidum *ex nunc*, ratione retrotractionis, vt probat *Ant. Faber in eius Codice tit. de acq. poss. defin.* 35. *Costa de retrotract. claus.* 123. *n.* 3. *Thes. decis.* 38. *n.* 2. & 3. arbitrātes in casu fortiori, quo constitutum conceptum esset sub conditione, quæ verificaretur post mortem, quia tùnc attraheretur à tempore inhabili ad tēpus habile, vt decisum in illo Senatu, seù parlamēto Delfinatus testatur *Guid. Papa decis.* 268. Ideò si tempus inhabile, quod extremum est perfectionis contractus, retrotrahitur ad principium habile, in quo incipit, & non perficietur contractus, eo fortiùs si è contrà, tempus habile, in quo perficitur contractus *ex tunc* conferatur ad tempus inhabile, in quo incipit contractus *ex nunc*: cùm in omnibus contractibus attendatur finis consūmatio, non principij tractatio: cùm finis coronet operam, non verò principium, in quo dicitur fieri, & non factus contractus, nisi consecuto fine, qui licèt sit vltimus in executione, est tamen primus in intentione secundum Philosophum.

Cæterum contrarium dices, quod imò hæc clausula, inutilis sit in pactione illa, quæ nèc ex *nunc*, neque ex *tunc* fieri potest, imò potiùs nocere poterit, in eo casu, quo pactio illa valitura, sit collata in aliud tempus, pretij conuentione, veluti, si conuenerit in dando pignore, vt ob non solutam sua die pecuniam, possit creditor sibi retinere emptionis iure rem obligatam iusto pretio ex *nunc*, prout ex *tunc*, & ex *tunc* prout ex *nunc* æstimandam, negatur, valere pactionem, quæ tamen vulgata illa clausula non adiecta, proculdubio valeret iuxtà *text. in d. l. si fundus, §. vlt. ff. de pign.* vbi quod aut iusto pretio tunc æstimandam ostendit, satis non alitèr posse defendi eiusmodi conuentionem, quam si estimatio illa iusto pretio facienda, non in eundem duntaxàt casū, quo pecunia suo die soluta non erit, sed in id etiam tempus expressim conferatur, significat proculdubio dictio illa, *tunc* extremitatem temporis, vt patet in *textu in l. si is legatum in fine, ff. de condit. & demonstrat.* atqui eius clausulæ adiectio necessaria est, quod si secùs conuentio implicatura esset contradictionem, si id ageretur, vt subsistente adhuc pignoris obligatione, venditio pignoris siuè pura, siuè conditionalis iā facta perfectaque intelligeretur, consequentèr, vt neq; valeat cōuentio isthæc, si dictio illa, *tunc*, omitteretur, nempè rursùs si dictio contraria, *nunc*, sit adiecta, quæ vtique non potest non adijci in clausula illa *ex nunc*, prout *ex tunc*, & è *contrà*, quia semper quo de ea re agitur, quę non nisi certo tempore fieri potest, ea, & si alio, & proindè alieno tempore fiat, valere nullo modo potest.

Exemplum refert *Ant. Fab. dicta decade* 21. *err.* 4. *versiculo exemplum est* à formula illa solemni à *Gallo Aquilio subtilitèr excogitata* ad faciendam vtilem postumi Aquiliani nepotis institutionem, si filius meus, me viuo morietur, ex *tunc* pro ex *nunc*, & ex *nūc* prout ex *tunc*, qui mihi ex eo post mortem meam intrà decem menses nascitur nepos hæres est, neque enim alitèr fieri potest illa institutio, quàm si adiecta sit clausula *tunc*, propter eas rationes, quas in hanc rem subtilitèr, & elegantèr, adducit *Ant. Fab. lib.* 9. *coniect. cap.* 1. verùm fac, vt sic alloquatur testator, si filius meus, me viuo moriatur ex *tunc* pro ex *nunc*, & ex *nunc* pro ex *tunc*, qui mihi ex eo post mortem meam intra decem mēses nascetur nepos hæres esto, an tūc sit facta vtilitèr institutio? non equidē, adiecta enim clausula, *nūc*, facit omninò vt institutionis tempore inspecto, alienus posthumus institutus fuerit, quem Testator iure antiquo instituì nullo casu, nullouè modo potuisset: Nec quod clausula contraria tùnc, cùm sit omissa, quæ omnimodo addi debuit, vitiosam institutionem sanare potest, quia ex *nūc* instituere non potuit, igitur neque ex *tunc* bene institutus videri potest, alioquin

quin non esset institutus ex *tunc*, prout ex *nunc*,& è contra,quemadmodum institutiones omnes, ac etiam conuentiones,quoad formam,& solemnitatem attinent indiuiduæ sunt,necessariò euenire oportet, vt quod alioquin vtile futurum erit,per id quod inutile est vitietur, ideò clausula illa nocebit potiùs si adijciatur in ijs, quæ nisi in alterutro tempore fieri possunt, vt in similibus probat *Thes.decis*.38.*num*.4.

Quod si vtroque tempore experiri res posit,nihil omninò interèrit,an *tūc* fient,an *nunc*,neque proindè an ex *nūc*, prout ex *tunc*, aut è cōtrà ex *tunc*, prout ex *nunc*, vt de casu apud *Annam sing*. 156.*& Dom. de Franch. decis*. 213. & apud *Prat.discept*.14. *lib*.2. *num*.8. *& in alleg*. 3. *&* 4. *insertis post decis.Regentis Salernitani per totas* apud *Reg.de Marin. ad Reuert.obseru*.404.*n*.2. Vndè concludendum est, quod si inutilitèr actum fuerit in pignoris datione in solutum in principio cautela illa clausularū ex *nunc* prout ex *tunc*,& è *contrà*, nihil in eo casu operari:cùm non habeat extremum habile ex *nunc*, prout è contrà, quando deficit extremum habile,ex *tūc* idem iudicium est, eò quod vtrumque extremum habile esse debeat, vt cautela illa operari validè possit.

Nam cum in actibus ferè omnibus conditionalibus vsurpari hæc clausula soleat,vt existente quandocunque conditione,perindè habeantur, ac si purè,& ex contractus tempore facti essent, nèc vlla vnquam conditione suspensi, quia nèc existens quandoque conditio aliud adfert; nisi vt purè factum intelligatur, quod re vera factum est sub conditione *l.potior*,§.*videamus*,*ff.qui pot.in pign.habeant*: cùm distinctione tamen,inter casuales, & mixtas,& potestatiuas conditiones : cùm in casualibus, & mixtis id demum obtinet generalitèr, & indistinctè, earum euentu, & implemento fieri, vt purè factum videatur, quod non nisi sub conditione factum fuerat; adeò vt eorum, qui medio tempore cùm eodem debitore purè contraxerunt, non idcirco potior causa haberi possit,*l.qui balneum*, *ff.eodem tit.qui pot*.in potestatiuis verò contrarium seruatur, vt in debitoris dumtaxàt odium, & incommodum pura existimetur conuentio, quæ primum fuit conditionalis, non autem in odium cæterorum, qui medio tempore, idest post initam conuentionem, & ante impletam conditionem cum eodem debitore conuenerunt *d.l.qui balneum*,*& l*.1 *in princ*.§.*eod.& l. pen.ff.quæ res pign.obl.poss*.attamen neq; in hoc casu diuersum ius inducetur ex eo solum, quod in conuentione conditionali adiecta proponatur clausula illa ex *nunc*,prout ex *tunc*, & è *contrà*, vt secundi creditoris,qui nondùm,impleta conditione, contraxit,purè cum eodem debitore durior causa constituatur, ex quo eadem ratio semper vrget, quod in potestate debitoris esse non debeat, vt creditori suo,iam quæsitum ius auferri possit.

32 Collige nono pactum, quod legis commissoriæ vocant; valere intèr debitorem, & fideiussorem, vt si pignus vsq; ad certum tempus non liberetur,& ipse fideiussor debitum soluerit,pignora,quę data fuit creditori habeat in feudum rectum,*arg.l. vlt.in princ. ff. de contrah. empt.vbi gl.& Doct.sequitur Afflict. in c*.1. *col*.3. *vers.secùs si inter alios de feud. dot.in vlt.legit.com*. & quod generalitèr pactum illud intèr debitorem,& fideiussorem illicò etiam appositum in contractu pignoris receptum est,quia caret vitio fœneris,*d.l.vlt.in princ.& ibi Bart. Bald.& Paul.Castr.ff.de contrah.empt*.per quam ità concludit *Bart. in l.quamuis n*. 12.*ff. de solut*. & sequitur *Negus.de pign. par*.4.*n*.7. & tenet etiam *Salyc. in l*.1 *in fine*,*C.de pact.pign. Paul. Castr.in l.Titius n*.4.*ff.de pign. act. Fabius de Monte tract. de empt.& vendit.q*.7.*n*.31. *vers*.3.*fallit* quos etiam citat *Mantica loco cit. sub n*. 35. qui reiecta *Couar*. opinione contraria,hanc eandem sequitur, de qua ipse testatur *in vers.nec obstat*.

Cæterùm longè aberrant supracitati Doctores cæterique passim sententiam illam sectantes,cùm opinio *Couarr.d.lib*. 3.*cap*.2.*sub n*.3.probabilior sit,probatur error eorum,ex verbis eiusdem *text. in d.l.vlt.ff.de contrah.empt*. ex quibus notant ij ad sic incautè affirmandum, in textu illo, propositus talis fuit casus

Titius

Titius cùm mutuos acciperet tot aureos sub vsuris dedisse pignori siuè hypothecæ prædia, & fideiussorem Lucium, eidemque Lucio promisisse intrà triennium proximum se eum liberaturum, quod si id non fecisset die suprascripta, & soluisset debitum fideiussor creditori, iussisse, vt prædia fideiussori empta essent, quæ creditoribus obligauerat, quærit enim *Scæuola* cùm non esset liberatus Lucius fideiussor à Titio, an si soluisset creditori, empta haberet prædia in conuentionem deducta, respondet autem, *si non vt causam obligationis, sed vt empta haberet, sub conditione factam emptionem esse, & contractam obligationem*.

Ex quibus verbis, dicunt ipsi, ex quo excipitur pignus non fuisse contractum cùm fideiussore tertio, sed cùm creditore dumtaxat, nullum cadere poterit pactum legis cõmissoriæ, quod in pignus, non in alium contractũ, cùm in alio suspectum est, & proindè nihil magis, vel minùs actum fuit, quàm si alteri pignus illud venditum fuisset, omni permittente iure. Aberrant siquidem vel quia non perceperunt naturam eiusmodi legis commissoriæ, quam pactum vocant, & proindè dant pactum pacti, aut, quod magis probo, crediderunt tale pactum importare, quod pignus sit emptum, & non inemptum, vt sistemus terminis, de quibus supra ab *Antonio Fabro* enucleatis.

Scæuola enim illud voluit, vt scilicèt inter debitorem, & fideiussorem actum sit, vt sub eadem conditione si à debitore pecunia debita non solueretur, emptor fideiussor haberet prædia creditori obligata, non etiam vt ea in causam obligationis, & pignoris acciperet, ob eamque causam ponit quidem obligata fuisse prædia, sed creditori, nõ fideiussori, contractam verò conditionalem venditionem cùm fideiussore, non autem cùm creditore, siquidem improbantes tale pactum, ponunt irritum illud esse cùm eo ipso cui pignus datum fuerit, & consequentèr hanc limitationem excipiunt, vt valeat eiusmodi pactum in fauorem tertij: cùm de alio casu possunt intelligere, quam quo tertius ille pignus quoque acceperit, alioquin exceptio esset extra regulam, neque dici potest cur in tertio potiùs, quàm in ipso creditore sententiam hanc admitterent: Nàm, & si velis conuenisse inter debitorem, & creditorem vt si pecunia debita creditori sua die non soluerit, habeat creditor emptoris iure fundum Cornelianum, valere conuentionem ceù emptionem conditionalem contractam, dummodo fundus ille Cornelianus, non fuerit creditori obligatus, quod enim interesse hac parte potest intèr fideiussorem, & creditorem, nàm fideiussor ex fideiussione fit creditor, scilicet ex causa mandati: cùm eam quantitatem soluere promisit, imò sic intelligitur de iure suscepisse mandatũ fideiussor, vt scilicet fideiubeat, & soluat, vt probauimus *in tract. de assist. q.* & vt semper pignus suo principali seruet, nè in eo rupta dicatur fides, quam differentiã respuere conãtur cõtrarium tenẽtes, vt scilicet fundus ille creditori obligetur, fideiussori verò vendatur, secundum quam interpretationem, nullatenus exceptio accomodari ad regulã potest, si regula concipiatur de lege cõmissoria in pignoribus improbanda, exceptio etiam de lege commissoria, illo etiam casu admittenda quo conuenit de pignore, sed cùm fideiussore non cũ creditore; & si cùm fideiussore: non tamen causa fideiussoris tàm odiosa est, qui licèt pro debitore soluens, fiat ipsius creditor, tamen necessarius est, non voluntarius, ob idque dignior, cui faueatur, & de quo nihil malè præsumatur dicunt aduersarij.

Quasi vt non aliam rationem quam odium creditoris habeat regula, quæ legem commissoriam in pignoribus improbauit, imò attracta vera conceptione legis commissoriæ tota fauorabilis debitori, prorsùs creditori odiosa dignoscitur, quemadmodum contra creditorem exerceetur à debitore, & in emptionibus exercetur contrà emptorem dumtaxàt à venditore, quia nèc adijcitur nisi pro creditore, qui ob hãc causam neq; inuitus cogitur eam exercere, *l. 3. ff. de lege commiss.* attamen, quia fiduciæ nec commodum, nec vsus vllus erat, nisi facta prius pignoris mancipa-

 tio-

tione, per quam dominium pignoris purè statimque transferebatur in creditorem, sæpius autem accidebat, vt intra constitutum diem, non volente debitore pecuniam explicare suæ conuentionis fructu priuaretur, nec quicquam ei prodesset, quod fiduciam contraxisset non sine magno debitorum incommodo, qui maioris valoris pignora sub protextu contrahendæ fiduciæ non illibentèr mancipabant, visum fuit tandē obrogandū hoc contractus genus, tanquam odiosum, nimisque asperum debitoribus, non propter fiduciam contractam, legemque commissoriam adhibitam, sed propter mancipationem, quæ fiduciæ contrahendæ, legisque commissoriæ adhibendæ necessitatem inducebat; ideò ablato vsu, & potestate mancipationis, nullum odium superest, aut potiùs nulla odij causa aduersus creditorē: sicut nec vlla necessitas contrahēdæ fiduciæ, aut vsus vllus legis commissoriæ in pignore, quæ scilicet eo tantùm pertinebat, vt res debitoris, quæ creditori mancipata esset, in debitoris dominium recurreret, eodemque casu, quo intrà dictam diem pecunia soluta esset.

Proindè cùm ex causa pignoris dominium in creditorem non transferatur apparet fieri nullo modo posse, vt lex commissoria in pignore adhibeatur, aut vt odio illo dignus videri debeat creditor, qui pignus accipiendo nihil aliud agit, nisi vt sibi consulat, iustique crediti nomine caueat. Quod si ex contrario non prudentum, sed interpretum more legem commissoriam sic intelligas, aut fundus obligatus, qui ex empto fieri deberet in emptus, soluta sua die pecunia, fiat ex in empto emptus, ob non solutam sua die pecuniam, non magis odio creditoris improbari pactio potest, quam si nullo præcedente pignore adhibita esset: Nec enim eo minùs verè esset creditor, quod non fuisset pignoratitius, nec consequentèr minori odio dignus si nudum creditoris nomē sufficeret ad odium contrahēdum, & tamen dubitari non potest, quin eo casu valeat conuentio, tanquam conditionali dumtaxàt venditione cō-tracta, non secùs ac si cum fideiussore iusta esset, cum quo priùs de pignore nullo modo conuenisset, tametsi de re, quæ ità creditori obligata fuisset, neq; enim fidei accomodatum intelligatur pignus, quod datum est creditori, licèt proindè fiat ille ex fideiussore creditor, ex quo die soluit pecuniam debitam creditori pro debitore, ac si eam primum ipse credidisset.

Illud ergo superest, vt conuentio illa, per quam fundus pignoratus fit emptus creditori, proptèr non solutam sua die pecuniam, cum alia ratione improbata, fueritque iam olim semper improbum, quasi quod & pignoris obligationem inducat, & cōditionalem simul pignoris venditionem eodem instanti perfectam, quæ tamen simul fieri, perficique non potest, quæ ratio non minùs vtique locum habet in persona fideiussoris, qui eandem rem pignori accepit, quam in persona creditoris; non enim fideiussoris fauor, personaque facere potest, vt eo magis pignus, & venditio se inuicem compatiantur. Proindè cùm fideiussor à creditore hac parte separandus est, sed is tantùm, qui ante initā conuentionem de fundo, emptionis iure attinendo pignus accepit, ab eo, qui non accepit, siuè creditor ille sit, siuè fideiussor, & secundum hanc rationem defendi poterit, *Couarr. loco cit.* contrarium suadens.

Collige decimo, & vltimo, hoc pactum, quod aiunt legis commissoriæ in pignoribus valere fauore dotis *arg. cap. salubriter de vsur. & l. 1. ff. solut. matrim. Afflict. in d. cap. 1. col. 2. vers. 3.* item valet illud pactum *Bart. & Bald in d. l. 1. ff. solut. matr. Raphael Fulgosius in l. Titius ff. de pign. Bald. in cap. 1. n. 4. de feud. in Vic. leg. com.* quod temperat *Mantica d. tit. 10. sub n. 39. vers. sed ego*, si pignus constitutum in promissione dotis non excedat debitam quantitatem, & interesse, quod maritus patitur in substinēdis oneribus matrimonij, tùnc enim, & in eo duntaxàt casu, affirmat *Mantica* recipi posse tale pactum, quia in dote cessat ratio prohibitionis, quod sit fæneratitium per *d. cap. subtiliter*, vbi permissum est marito, vt fructus pignoris possit

possit lucrari pro oneribus matrimonij supportandis, iuxtà *l. pro oneribus, C. de iure dot.* & quod neque alij ab hac sententia videantur dissentire, quia loquũtur, quando fructus pignoris excedunt rationabile interesse alimentorum.

Nos dicimus nullo in casu valere pactionem illam etiam in dote, non ea ratione, qua mouetur *Alex. in cons. 178. num. 9. lib. 7.* quia scilicet pro nulla causa etiam pia vsura permittitur *cap. super eo de vsur.* ergo nec pro dote hoc pactum permissum intelligitur: cùm propter euitandam vsurariam prauitatem sit reprobatum, adeo quod cesset consequentia, multa priuilegia doti sunt concessa, ergo istud etiam priuilegium intelligitur esse indultum, quia id esset multiplicare priuilegia, quod omninò prohibetur *cap. priuil. 3. distinct. cap. sanè de priuil. l. ius singulare, & l. quod vero contra, ff. de leg. & l. 1. ff. de constit. pecun. Bart. in l. si insulam n. 4. in 4. oppos. ff. de verb. oblig.* sed mea dumtaxàt approbata ab *Antonio Fabro*, quæ excludit in priori omnem casum, ratione scilicet incompatibilitatis, quam compatibilẽ, dos, nec eius priuilegium facere non possunt, & si interesse sit coequale fructibus rei pignoratæ in dotem datæ, nec maritus, qui creditor dotis est in pignore desinit esse pignoratitius, vt nos supra diximus, quod adeo verum est, vt id nec etiam facere possint, transactio, & iuramentum, & si transactio omninò seruanda, nec penitùs rescindenda, quouis protextu, & iuramentum obseruandum ob interitum euitandum salutis æternæ, quæ fauorabiliora sunt, quam causa dotis.

Fac enim quantum vis, vt creditor, qui de pignore conuenit siuè in dote, siuè in transactione, siuè ante dotem, vel ante transactionem, etiam accedente iuramento, postea transigendo paciscatur de pignore illo emptionis iure retinendo, si sua die non erit soluta pecunia, quæ sub pignore debetur, non poteris assequi, vt eo minùs creditor, & pignus, & conditionalem contrahere voluerit; si pignus ergo non acquirere sibi dominium, quod scilicet nunquam ex causa pignoris transfertur, *l. non & fortis §. vlt. ff. de pign. act.* licet contractà pignoris obligatio ius præbere possit dominij, quandocumque dominij impetrãdi *tit. C. de iur. domin. impetr.* si cõditionalem venditionẽ, ergo sibi acqui. rere dominium, quod venditionis tempore est penes venditorem, *l. ex empto, §. 1. ff. de act. empt.* vtrumque igitur voluit creditor pignoratitius, qui pactionem hanc adhibuit in dote, & acquirere sibi dominium, & non acquirere, quę tamen inuicem contradictoria sunt, nec inter se aliquo modo compatiuntur, nec magis si in donatione, quàm extrà donationem, & pactio adhibentur, sunt quædam pactiones, quæ impossibiles dicuntur, vt *in l. non impossibile l. ab emptione, ff. de pact. l. ex empto, §. vlt. l. bona fides, ff. de act. empt.* quia natura negotij, qua adhibetur, eas pati, & admitti nullatenus potest.

34 Illud enim est, quod prorsus reperitur falsum, posse scilicet diuersis respectibus contrahi eiusdem rei, & pignoris, & venditionem, pignus scilicèt purè, venditionem verò sub conditione, si pignorantia pecunia suo die soluta non erit: cùm venditio quantumuis conditionalis ex eo tempore facta intelligatur, quo de pretio conuenit, licet effectus venditionis, conditione aliqua nõdum impleta, suspendatur: proindè cũ pignoris venditio facta sit, quamuis sub ea conditione, si ad diem pecunia soluta non erit, fatendum est impleta quandocumque conditione, iam inde ab eo tempore, quo inita conuentio fuit, dominium emptori, eidemque creditori ea ex causa acquisitum intelligi *l. 4. ff. ad l. falcid.* Nec eo minùs tamen contractũ fuisse pignus, quod vtique contractum fuisse ex vtriusque debitoris scilicet, & creditoris consensu, in id præsertim vsque tempus, quo pecunia soluta esse debuisset, & fuisset, igitur consequentia erit, vt pignoris dominium, & acquisitũ sit creditori, & non acquisitum, hoc quidem, quia pignus fuit illud, etiam quia fuit similitèr venditio, quod semper absurdum videbitur: nisi velis sic conceptam pactionem, vt pretij conuentio, sine qua, nec pura, nec conditionalis vẽditio nulla esse potest, collata sit in cer-

tum tempus, vt in specie illa, *l. si fundus, §. vlt. ff. de pign.* quod cum fit, pignus quidem contractum dicimus, & venditionem, ac non vtrumque simul, & semel, sed pignus ab initio, & in eum vsq; diem, quo pretium conuentum, taxatumque fit: venditionem verò ex eo dumtaxat tempore, quod sanè ridiculū reputat *Ant. Fab. d. decis. 21. err. 7. vers. & sanè*, ex loquendi formula, qua *Marcianus* vsus creditur *in d. §. vlt.* potest fieri pignoris datio, hypothecæuè, vt si intrà certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tùnc estimandam, hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio, an non enim, subdit *Faber* proindè hoc est, ac si quis diceret, posse ità fieri pignoris dationem, vt simul, & semel conditionalis etiam venditio cōtracta esse intelligatur. Atqui hoc ipsum est, quod sæpiùs diximus explicare cōtradictionem, tota enim distinctio illa, tanquam inepta *Tribuniano* imputata, carpitur *a Fabro*, prout in alijs legis locis ineptissimè alloquutum *Tribonianū* probat ipse. Proindè concludit, nullatenùs; nequidem dotis fauor, sed nec etiam iuramentum illud efficere possunt, quod nec Deus Benedictus intendit agere, vt eodem in subiecto compatiantur inter se contradictoria.

ARGVMENTVM.

Depositum, & pignus in quo sint symbola, & quid in eorum accidentibus.

SVMMARIVM.

1 *Pignus, & si à pugno dictum, nō tamen in aliquo differt ab hypotheca.*
2 *Depositum quid, & cuius naturæ an eiusdem sit pignus.*
3 *Depositum diuiditur in propriè depositum, sequestrum, & sponsionem, & de pignore num. 4.*
5 *Hypotheca nuda pactione contrahitur.*
6 *Res pluribus hypothecata est potior in eo, qui prius obligationem suscepit.*
7 *Sequester medium est inter litigantes.*
8 *Pignus ex mera liberalitate absq; controuersia fortitur.*
9 *Pignus solo consensu perficitur.*
10 *Pignus, contractus est nominatus.*
11 *Interuentus rei non est in pignore necessarius.*
12 *Pignus non traditum nō est repetibile.*
13 *Hypotheca, in quo differat à constituto.*
14 *Sequester quid secundum Eullum.*
15 *Moyses, sequester fuit inter Deum, & Populum.*
16 *Res propria neque deponi, nec pignorari possunt.*
17 *Retentio quando detur in re quacumq; deposita.*
18 *Actio symbola in deposito, & pignore.*
19 *Species in pignore quomodo consideretur.*
20 *Constitutum accedens hypotheca prabet facultatem creditori ad prahendendam possessionem rei hypothecata.*
21 *Res deposita in tertium per depositariū alienata quomodo vindicatur.*
22 *Assistentia an, & quando peti possit super re mobili.*
23 *Pares in tempore quomodo regulentur in pignore.*
24 *Conditio an sit in causa, quominùs hypotheca non referatur in tempus contractus.*
25 *Priuilegiati magis in pignore praferuntur.*
26 *Depositum, & per nos ipsos, & per alios fieri potest, sicut & pignus in acquirendo, quid in perdendo num. 27.*
28 *Syndicus an possit mutuam pecuniam pro eius vniuersitate accipere, & quomodo præsertim in Regno.*
29 *Depositum, & pignus an rectè fiat penes pupillum, seruum, & filium fam. nu. 30. & cuius sit damnum num. 31. & in filio fam. quid de iure Regni num. 33.*
34 Pragm. 1. ad Maced. *extenditur ad omnes contractus etiam causa studij nisi quatenus contrahens sit factus locupletior num. 35.*

35 De-

36 *Deponi & quantitas, & species potest, sed diuersimodè, prout & pignorari.*
37 *Pignus iudiciale in quo sit symbolum cum deposito.*
38 *Sequester an possit esse litigans.*
39 *Sequestrari, & pignorari stabilia, & mobilia possunt, imò iura, & actiones, & nomina debitorum, & num.* 42.
40 *Bona vniuersalia symbola sunt hereditati.*
41 *Bona emphytheutica an pignorentur.*
43 *Sequestri beneficia quæ.*
44 *Depositum, & pignus symbolum in personis.*
45 *Puella an sequestrari possint in matrimonio contrahendo num.* 46. 47. 48. 49. 50 & 51.
52 *Iudices Pappallones qui sint.*
53 *Pœna puellæ sequestrandæ, ne cum aliquo alloquantur quæ, remissiuè.*
54 *Depositi, & pignoris fructus seruandi, & num.* 55.
56 *Depositum, & pignus sunt fidei tertij commendanda.*

CAP. V.

1 PIgnus, & si à pugno dictum *l. plebs, §. pignus. ff. de verb. sing.* non tamen in aliquo differt ab hypotheca, nisi nomine dumtaxat *Neguſ. de pign. in prælud. in princ.* & apud nos plenius *in tract. de assist. q.* 14. *nu.* 2. *Thol. syntagm. iur. ciuil. vniu. lib.* 27. *cap.* 5. *nu.* 4. nec etiam longè abest à deposito, imò iudicio meo effectu sunt symbola, ex natura, & accidentibus talia esse propono.

2 Nàm quemadmodum depositum sit, cuius natura aliqua res alicui custodiendæ gratia commendatur, quo rès aliqua ea lege apud alterum deponitur, vt is dolum tãtum, & latam in ea ipsa reddẽda culpam præstare debeat, *l.* 1. *§. is quoque apud quem ff. de oblig. & act. l. si sine dolo, ff. depos. & l.* 1. *C. eod. l.* 2. *in princ. ff. si cer. petat.* sic etiam dicas de pignore, *l.* 1. *§. creditor, ff. de oblig. & act. l. si quis §.* 1. *ff. si cert. petat. l. rem, §. omnis, ff. de pign. act. l. si creditor, §. pignoris. C. eod. tit. §. creditor quoque instit. quib. mod. re contrah. oblig.* & quod solum creditor de leui, & non de leuissima culpa teneatur, probat *text. in l. contractus, ff. de reg. iur. l. Prætor, ait §. est præterea, ff. de bon. au. h. iud. possid. l. si cum venderet, §. fin. & l. ea igitur, l. si serui, ff. de pign. act. et toto tit. C. eod.* Vndè si pignus leuissima culpa, vel casu fortuitu pereat securus erit creditor, neque esset alicuius impedimenti ad creditum consequendum *d. §. creditor quoque, & d. l. contractus, & alijs, de quibus in C. de pignor. act.*

3 Item quemadmodum depositum, in idipsum sequestrum, & sponsionem diuiditur, & differunt causa, materia, & forma, cùm in depositum res propriè mobiles veniant, in sequestrationẽ propriè immobiles *tot. tit. C. de prohib. sequestr. pec.* quamquam & aliquando sequestrum rei mobilis, vel se mouentis, vt hominis fit, vt *in l. si hominem, ff. depos.* sic etiam de pignore, in ipsũ pignus, hypothecam, & fiduciam, dicendum est, & differunt etiam causa, materia, & forma, vt in pignus res propriè mobiles, & traditæ creditori veniant, *Neg. de pign.* 1. *par principali q.* 3. *nu.* 4. *folio meo* 2. *Petrus Greg. Tholos. syntagm. iur. ciuil. Vniu. lib.* 23. *cap.* 5. *nu.* 3. licèt etiam dari possit in re immobili *dicta l plebs, §. pign. ff. de verb. sign.* hypotheca verò, cùm non trãsfear possessio ad creditorem, & quia rerum immobilium est, & nuda pactione fieri potest, *Franc. Balduin. de pign. & hypoth. cap.* 1. *in princ. & in cap.* 4. vbi asserit contrahi hypothecam per pactum conuentum, nec ad rem pertinere, quibus si it verbis, sicuti est in illis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, adeo quod potest contrahi absque stipulatione, licèt in fideiussione, & sit necessaria, *l. Blandit. C. de fideiuss* & adeo inter absentes contrahi potest, *l.* 12. *§.* 1. *ff. de pign.* cùm consensus explicari possit per
6 epistolam, & nuncium, *l.* 2. *ff. de pactis,* & sic si pluribus sit hypothecata semper in ea præfertur is, qui priùs obligationem suscepit, quàm cui eadem res in posteriori loco in causam pignoris sit tradita, *l. creditor, §. vlt. ff. qui pot. in pign. habeant.* fiducia, de qua hactenùs in præced. *cap.*

Vel meliùs depositum dicitur, quando vnus, vel plures rem deponunt, quæ ex plena, & libera voluntate absq; controuersia sortitur. Sequestratio dedu-

citur

citur ex controuersia rerum ipsarum
depositarum, l. licèt, & l. propriè, ff. depositi, l. sequentèr, ff. de verb. sign. & sequester
7 medium est intèr litigantes, l. si apud te, ff. de prescript. verb. vbi etiam in eum
tamdiù transfertur possessio, solùm adēpta litigantibus, donèc dirempta sit cōtrouersia, vel solutum sequestrum, quod alitèr in deposito statuitur, in quo qui deponit, & dominium si habet, & possessionem sibi retinet, nec transit in depositarium, d. l. licèt. Est sequestri proprietas, vt plerumque Iudicis authoritate, quamuis ex consensu partium, vel illis consentientientibus constituitur, vt is se se exonerare deposito, seù sequestro non possit, nisi ex iustissima causa, & actore Iudice, l. eum apud quem, §. fin. ff. depositi, & de sponsione etiam hactenùs in præcedenti capitulo. Sic in
8 pignore, illud enim ex libera voluntate absque controuersia sortitur, quando à debitore creditori pro firmitate crediti traditur, hypotheca etiam deducitur, in quantum eiusdem actio ad tertios possessores dirigitur ex controuersia ipsarum rerum hypothecatarum, ex quo diluitur argumentum à Piccardo relatum in § creditor quoque 4. instit. quib. mod. re contrah. oblig. sub nu. 2. vbi substinendo textus dispositionem, pro rei dubitatione arguit, quod etsi text. disponat, pignus ex rei interuentu constare, & non solo consensu perfici, tamen n. 3.
9 sic aduersatur, pignus quia contractus est nominatus l. 1. §. fin. ff. de pact. nuda con-
10 uentione contrahitur, l. 1. in princ. ff. de pign. act. l. in isto errore, §. cùm mutat, ibi, sola conuentione instituitur, ff. de vsucap. & nudo consensu obligationem producit,
11 l. 1. in fine, ff. de rer. permut. ergo rei interuentus non est accessarius, respondet Piccardus sub num. 3. vers. sed facilis est, explicationem hanc, nullam admitti dubitationem, quando Iustinianus in d. §. creditor quoque loquitur de actione pignoratitia directa, & cōtraria, quę datur debitori contra creditorem, & eidē creditori contrà debitorem, quare non traditur, nasci haud potest nèc necessaria est: cùm directa detur ad pignoris
12 repetitionem, debito exacto, quod sanè non traditum pignus non est repetibile, ex regula, l. manumissiones, ff. de iust. & iure, l. decem, ff. de verb. oblig. contraria pro sumptibus, & expensis in re pignorata factis, quæ similitèr rem traditam supponunt: procedit tùnc rectè oppositio in pignoratitia actione, quasi reali, quæ eidem creditori impartitur aduersùs tertios possessores ad pignus reuocandum, quæ aliquando hypothecaria, aliquando seruiana dicitur, l. 3. §. est autem, ff. ad exibend. §. item seruiana instit. de act. & ità intelligendos text. in l. rem, ff. de pign. act. & l. si Titio, ff. de pign. quæ sola nuda conuent. contr. d. l. 1 §. non mutat, & l. si tibi, §. de pignore, ff. de pact. concludit Piccard. loco cit. sub num. 4. & in hoc est etiam dissidium, de quo apud Barbatum nostrum in tract. de
13 assist. gl. 12. sub num. 2. differre scilicèt hypothecam à constituto, quia hypothecaria actio auocat possessionem debitoris, aut tertij possessoris; cōstitutum verò propriam ipsius creditoris auocat possessionem per remed. l. fin. C. de acquir. possess. quando translata fuit per constitutum per cotas inibi per ipsum, & de alijs differentijs apud nos in consimili tract. q. 4. in cuius l. fin. dispositione, C. de acq. possess. symbolizanda veniet tertia species depositi, nempè sequester secundo modo conceptum, Tullio pro cleunt. pro eo scilicèt, apud quē, pecùnia corrumpendi iudicij gratia, aut tributum deponebatur, vt suffragia obtinerent, & idem in Verrem ait Cicero, quid aut sequester, aut interpretes corrūpendi iudicij solent esse: licèt alio sensu
15 accipiatur sequester in Sacra Scriptura, in qua Deuth. 5. sequester dicitur medius, ibi, Sequester & medium inter vos, & Deum fuit, & probatur etiam in l. ei apud quem in fine, & in l. seq. ff. depositi, in sensu, quo in specie depositi accipitur symbolizetur cùm possessione rei, de qua in d. l. fin. C. de acq. possess. vt probat gl. inibi in verbo omni, lit. C. ibi, puta mādati contrà Procuratorem, tutelę contrà Tutorem, negotiorum gestorum contrà Curatorem, commodati contrà Commodatarium, & depositi contrà Depositarium: & de sponsione probant Quintilianus lib. 7. & Cicero pro Ceuinna, enim de fundo vi armata deiectus obtinuit à Pretore.

Vndè

Vnde deieci∫set re∫titueret, re∫tituiſse ∫e dicit, ∫ponsio facta.

16 Rursùs ſicuti deponi non poſſunt res propriæ depoſitarij apud eũdem, prout nec is proprias res commodato, vel præcario capere poteſt, *l. qui rem, ff. depoſit.* ſic etiam pignus in re propria cõſtitui non poteſt, *l. neque pignus, ff. de reg. iur.* licèt aliena res à non Domino, & deponi, & pignorari poteſt, quia deponit Dominus, & non Dominus, vt prædo, & fur, *l. bona fides, ff. depoſit.* cũ ſufficiat bona obligata eſſe in bonis debitoris tempore obligationis, vt competat hypothecaria, de dominio haud curandum *Gaill. pract. queſt. lib. 2. obſer. 26. per tot.* ſequitur *Ant. Monach. decis. Bonon. 4. ſub num. 12.*

Et licèt aduerſetur in propoſito *tex. in l. 2. & l. aliena, ff de pign. act.* quibus probauimus ſupra *tit. 2. cap. 5. nu. 6.* pi-
17 gnus conſiſtere non poſſe in re aliena, & *lib. 3. cap. 5. num. 12. & n. 15.* tamèn nõ per hoc denegatur ſaltim retentio, vt *in l. 1. ff. de pign.* inibique per *gl.* imò, & vtilis actio licèt difficile, prout etiam dicimus in obligatione nominis debitoris, in qua datur vtilis dumtaxàt hypothecaria, ex quo res, quæ obligatur, non eſt obligantis, prout eſt nomen debitoris, ſed ipſius debitoris primo loco obligantis ſecundo debitori eius creditori, *Neguſ. de pign. par. 2. membro 3. num. 25.* & in puncto quomodo id intelligatur vide eundem *ſub num. 62.* vbi dicit, quod licet obligatio rei alienæ non valeat in præiudicium Domini, bene videtur valere in præiudicium debitoris obligantis, vt ipſe ſi poſſideat poſſit cõueniri hypothecaria, quia tùnc creditor ſibi, non debitori poſſidet, vt diximus ſupra *tit. 3. art. 3. n. 59.* & an, & quando res communis poſſit obligari, vide *Barbatum noſtrum de aſsiſt. gl. 12. num. 208.* apud nos *eod. in tract. q. 18. num. 11.* & quid in Fiſco vide *Neguſ. loco cit. ſub n. 36.* concurrente vero Domino cùm nõ Domino in repetitione rei conſultiùs fiet ſi Domino, dummodò tamen eſſe conſtat, reſtituatur, ad euitandum inutilem circuitum, *l. Dominus teſtamentum, ff. de condit. Clem. an dicor de reſcript.*

18 Itèm ſicut in depoſito potiores, & magis priuilegiati præferuntur, vt ſi in publico Banco pecuniarum quantitates ſint depoſitæ, in caſu banci fallentiæ, priuilegiatus, qui pecunias in banco depoſuit præfertur, & poſteriori deponenti, & ei, qui pecunias ſuas banco crediderit ad fænerandum, licèt anteriori, *l. ſi ventri, §. in bonis, ff. de priuil. credit. l. ſi hominem, §. quoties, ff. depoſiti, Tholoſ. d. lib. 23. cap. 11. in fine,* & deponens præfertur cæteris creditoribus in re depoſita, *Gait. de credito cap. 4. in appẽdice num. 134.* & ſi pecunia depoſita nõ extat, datur etiam actio ſymbola depoſiti, & hypothecaria abſque tamèn prælatione, ſecundùm *Gait. loco cit. in verſ. & si pecunia, Mantica de tacit. lib. 10. tit. 7. num. 9.* ſic etiam dices in pignore ratione temporis, vt *tot. tit. ff. & C. qui pot. in pign. hab. l. ſi in balneũ. §. eod ff. de reg. iur.* nèc cuius ſpeciei pignus ſit, aliquid contrà vrget, *l. 2. C. eod. qui pot. Neguſ. de pign. 2. membro par. 5. num. 6.* vel ſiuè res generalitèr, vel ſpecialitèr ſit obligata, *l. 2. & 3. §. 1. ff. eod. l. 1. C. eod. vel si tacita*
19 *diu. in cap. qui prior num. 12. de reg. iur. in 6.* quod probes in rebus ſtabilibus, quæ & ſi ſint in eodem die, duobus, vel pluribus obligata, quiſque eget in ſolidum, vel pro modo debiti, ſi ſufficiat vtrique, vt *in l. ſi fundus, §. ſi duo, C. de pign.* iuxta quæ diximus cùm noſtro *Barbato de aſsiſt. gl. 12. ſub n. 210.* in noſtro *tract. q. vlt.* in mobilibus etiam regulam eſſe ſymbolam cùm rebus ſtabilibus, quando ſcilicèt principalitèr, & in ſpecie res mobilis obligatur, *l. debitorem, & l. ſi tibi notarium, C. de pignor.* quia hypothecaria actio eſt in rem per, ſequutio, *l. pignoris, C. de pign. l. ſi fundus §. in vẽditione, & l. ſi pignoris, C. de pign.*
20 maximè, ſi in obligatione rei mobilis accedat conſtitutum, quia tùnc creditor poteſt propria authoritate facere executionem contrà ſingularem ſucceſſorem, *Afflict. in conſtitut. Regni pacis cultum col. 7.* & in hoc ſingulari caſu expreſſæ hypothecæ rei mobilis, confirmo ex ſupra poſitis, poſſe impartiri aſſiſtentiam ſuper ea, iuxtà *Barbati noſtri ſententiam in d. tract. gloſ. 5. ſub num. 47.*
21 quod intellige, ſi tamen res mobilis illa, ſuper qua petitur aſſiſtentia, reperia-

riatur in posse eiusdem, contra quem 22 actum est iure assistendi tempore exequutionis sententiæ, secundùm *Bartoli distinctionem in l. si constante num. 73. ff. solut. matr.* alias si in tertium reperiatur res illa mobilis alienata, frustratorium erit assistentiæ iudicium intentatū super re illa mobili in tertium, etiam iudicio pendente alienata, & quod magis absque initio litigij, cessante prorsùs *cap. conuentus dispositione in Regno*, quæ sibi locum vendicat in re stabili dumtaxàt, & in puncto nostri symboli faciunt per *Sese decis. Arag. 29. tota*, vbi agitur de re mobili alteri deposita, quā depositarius in alium alienauit, & fuit dictum in possessorio obtinere debere ipsum tertium, qui recipit à depositario: proindè probabilem agnoscimus consuetudinem in tota Francia imbi, nō esse locum regulæ in rebus mobilibus pignoratis, *qui prior*, vt testatur post *Cassan. & Boer.* in locis ab ipso citatis *Petrus Gregor. d. cap. 11. n. 3. vers. etiam mobilibus.*

23 Vndè tametsi pares in pignore creditores in regula sint, qui prior in tempore, & inspicitur conuentionis tempus etiam conditionalis, si extra potestatem debitoris sit, an debitum contrahatur, vel conditio impleatur *ad text. in d. §. qui balneum*, adeo quod potior in pignore, qui prius credidit pecuniam, & accepit pignus, quamuis cùm alio antea conuenerat, vt si ab eo pecuniam accepisset, esset ei res obligata sit potior in vltimo; tamèn si sub stipulatione sequuta hypotheca constituatur, ex conditione semèl existenti habetur, ac si illo in tempore, quo stipulatio intercessit sine conditione facta fuisset *text. in d. l. potior, & in l. necessario, ff. eod.* cùm conditio non sit in causa, quominùs hypotheca non referatur in tempus contractus, *l. quod si pendente in princ. ff. de peric. & comod. rei vend. l. nec emptio, ff. de contrah. empt.* ex quo in actibus omnibus, qui sub conditione fiunt vt nisi eo primo instanti, quo conditio impletur effectum ipsum producat, quem producere possent si puri facti essent, nō valent, vt diximus *in tract. de assist. qu. 14. propè finem*; quod & si sit symbolum depositio verbali, quod oblationem vocauimus in præcedenti capitulo, diuersum tamen est in deposito reali, & mutuo, hæ enim illius contractus naturæ sunt, qui re celebratur, *l. 1. §. re, ff. de act. §. 1. instit. quib. mod. re contrah. oblig.* & proindè antequàm res interuenerit, non videtur contracta, nec obligatio est principalis, ideò nèc accessoria hypothecaria *cap. cùm principalis de reg. iur. §. præterea instit. quib. mod. re contr. oblig.* cùm concordantibus, de quibus hactenùs suprà.

24 Et magis etiam priuilegiatos, de quibus in deposito mox suprà diximus in pignore etiam esse volumus, veluti ex priuilegio personæ, si ex pecunia pupilli res alteri obligata iure hypothecæ ematur, potior est pupillus, & si tempore posterior, etiam ex tacita hypotheca, *l. idem, ff. qui potior.*, & de re empta ex pecunia dotali, vide *Barb. nostrum in tract. de assist. d. gl. 12 sub num. 33. vsque ad nu. 37.* cui adde *Bursat. cons. 56. n. 13. vol. 1.* & ipsa mulier pro repetitione dotis præfertur, & si posterior sit, *l. assiduis cùm auth. seq. C. qui pot. l. 2. §. fin. cum seq. ff. de priuil. credit.* contra bona Tutoris, & Curatoris pro eorum administratione, & eorum, qui pro Tutore se gesserūt, pupillus super cæteros creditores habet priuilegium potioritatis, quod non transit ad hæredes, *l. 4. §. fin. ff. de priuil. credit.* prout in creditoribus debiliū, prodigorum, surdorum, & aliorum de quibus in pluribus iuribus, & legibus, & signantèr 4. 5. 6. et 7. eod. tit. & contrà quos nascitur tacita hypotheca, *Barbatus loco cit. sub n. 7. vers. primus casus est*, & quomodo hoc intelligatur, vide *Gail. de credit. art. 4. quæsit. 11. nu. 1523. vsque ad finem.*

26 Iterū sicuti deponimus per nos ipsos, & per eos, per quos obligationē acquirimus deponere possumus, *l. 1. §. non solum, ff. eod.* vtputa per seruos, & filios familias, & per omnes, qui nobis bona fide seruiunt, & nobis ex eorum deposito actio competit *d. l. 1. §. non solum, et §. si seruus, et l. quod seruus, ff. eod.* Idem erit in pignore, *l. solutum, §. solitam, ff. de pignor. act. l. rest. ff. ad Trebell.* quod intellige in quærendo, in dando autem vo-

27 voluntas Domini requiritur: nàm vt Procurator rem Domini rectè pignori obliget, vel speciale eiusdem Domini mandatum ad illud perficiendum requiritur, vel saltim administratio vniuersorum bonorū permissa sit ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas accipere pecunias *d.l.solitum, §. vlt. ff. de pign. act.* nàm cui generalitèr de omnibus rebus mandatum est, perindè est quasi sibi de singulis specialitèr mandatum esset, si tamen ea res sit, quam Dominus esset facturus, neque enim generali oratione concedere videtur Dominus, quod specialitèr non permitteret, neque specialitèr id permitteret, quod ipse non facturus esset. Vndè symbola ratione, & seruus, & filius fam. quibus libera pecuniæ administratio concessa est, rem peculiarem rectè dabunt, quàmuis Domini sit, aut Patris, id enim ex Domini potestate faciunt, *l. si conuenerit, §. vlt. cū l. seq. ff. de pignor. act.*

28 Ex quibus concipias Syndicum, qui verè bona vniuersitatis administrat, *l. 3. ff. quod cuiusque vniuersit. nomin.* si mutuam pecuniam pro eadem vniuersitate accipiat, rem eius rectè obligat, *l. si is qui in princ. ff. de pign.* accedente tamen Principis placito, & beneficio dictæ Vniuersitatis: iuxtà in Regno patentes dispositiones.

29 Accedat, & aliud symbolum intèr depositum, & pignus, quia quemadmodum dèponi vtilitèr non potest penès pupillum doli non capacem, & si deponatur, actio depositi in eum conuenit duntaxàt, in quantum locupletior is factus sit, non vltrà, *l. 1. §. in pupillum, ff. de posit.* neque depositum rectè fit pœnès seruum, neque in eum datur actio, etiam si posteà manumittatur, deposito facto, pendente seruitute: nisi eo tempore dolosè, & malitiosè circa depositum se gesserit, tùnc delictum sequitur noxam, *l. 1. §. si apud seruum, ff. eod.* vel nisi post manumissionem seruus teneat adhùc depositum, *l. apud filium fam. ff. eod.* sic etiam dicendum de pignore, quando

30 pignus tertio datur in creditum, vt quia debitor pro pecunia mutuo accepta à creditore pro eiusdem firmitate pignus consignat tertio ad illud seruandum nomine creditoris: cùm in hoc non tantùm sint symbola, sed quod magis probo, sunt synonima, ex quo vterq; sub sequestro reperitur in gratiam vtriusque vt dicam hic in fine.

31 Cæterum videndum cuius periculo cedant ambo contractus, quando ex defectu sequestri serui, vel pupilli patitur damnum, & tùnc inspicienda veniet proculdubio causa cuius sit depositū, an debitoris, an creditoris, an vtriusque: si in gratia debitoris, quia ipse est in causa electionis, ipse itidem damnum pati debet ex electione culposa, *l. vel per literas cùm concordantibus citatis per gl. inibi lit. M. vers. tali homini,* si in gratia creditoris, quia ipse elegerit, ipsius damnum erit, eadem lege, & ratione, si dicas si electio fuit vtriusque, quia tùnc damnum erit commune, prout culpa amborum est ad tradita per *Mant. de tacit. lib. 10. tit. 2. num. 10.*

32 Verùm si penès filium familias deponatur etiam pro custodia pignoris ipse rectè pro deposito conueniri potest *tex.* est *l. 1. §. filium fam. ff. eod.* Planè adhùc in hoc vrget dubitatio contrà desumpta *ex toto tit. ad Maced.* & sign. in Regno *tit. eod. in pragm.* in quibus cauetur, filiū fam. ex quocumquē contractu obligari non posse absque Patris præsentia, & licentia, an sub generalitate illa prohibitionis comprehendatur etiam depositū penès filium familias factum, & in hoc benè habeo symbolum in pignore, in quo nullatenùs filius familias, attenta illa prohibitione generali de se non obligando absque præsentia, & consensu Patris possit *Prosper Caranita in consuet. super pragm. 1. §. 8. vers. vel contractus sub num. 12. & 14.* vbi dicit filium

33 fam. iuuari tali beneficio, siuè contrahat alienando, siuè pignorando, quia prohibita alienatione est etiam prohibita pignoratio ad *text. in l. fin. C. de reb. alien. vel non;* ex eo magis procedere in terminis illius constitutionis, subdit *Carauita,* quia per hanc pragmaticam non prohibetur alienatio, sed contractus, siuè ergo pignoret, siuè alienet; negari non potest, quin non contrahat, igitur si contrahat, prohibitus est cōtrahere in quocumque genere contractus,

consequens est, vt etiam depositi contractus sit prohibitus, tàm actiuè, quàm passiuè actiuè ex supra positis, passiuè, desumo argumentum à fortiori, ex quo non inelegantèr resoluit dictus *Carsuita* aliam symbolam quæstionem in subsequenti §. *sub num.* 27. vtrum libra-
34 rius credens filio familias libros absq; requisitis per Regiam Pragm. excepto instrumento, aut obligatione, filio non soluente: an conueniri possit per librarium, & resoluendo dicit, quæstionem hanc nullam pati posse difficultatem de iure communi, quin filius familias teneatur ad solutionem pretij librorum per *text. in l. sed Iulianus, §. proinde, vers. quod dicitur, ff. ad Maced. et l. Maced. C. eod. Lucas de Penna in l. 1. col. 1. vers. sed quid si filius, C. qui etat. vel profess. lib.* 10. sed attenta illa constitutione, esse totum oppositum, non obstante quod causa studij sit in contractu, ex quo cùm legē habeamus in Regno, quæ in contractibus filiorum familias aliam formam induxit, nō potest alitèr fieri, quā seruata forma illius: libris tamē existentibus in posse filij, viui, vel Patris, filio defuncto pro eorum estimatione, ex quo facti sunt locupletiores, contrà eos agere potest librarius, quia etiam qui obligari non potest, prout hic filius, alias seruus, & pupillus tenentur, quatenùs facti sunt locupletiores, *l. 3. §. pupillus, et l. si pupilli ff. de negot gest. in princ.* & sic, nùnc attēta dicta *Regia Constitutione* pupillus, seruus, & filiusfam. sunt symboli in hoc deposito, & regulantur omnes iuxtà dispositionem *d. l. 1. §. an in pupillum, ff. de deposit.*, prout etiam nota in Ecclesia, & Vniuersitate, secundûm *Alex. in cons. 4.*
35 *n. 4. vol. 3.* quæ nunquàm ex contractu, inualido tenentur, nisi quatenùs sint factæ locupletiores, vt infra vno loco dicam.

36 Formatur, & aliud symbolum intèr depositum, & pignus, non sicuti deponi potest, & quātitas, & species, obsignata, & reserata, quæ specierum sunt pecuniarum, vel rerum in quantitate, & pecuniarum, & rerum in numero; & nota obsignatarum, pecuniæ, & rerum vsus non cōceditur depositario, sed nō obsignatæ bene sine vsuris conceditur, nisi moram committat depositarius in reddendo, *l. Lucius, et l. dies sponsaliorum, § fin. et l. publ. ff. eod.* & si signata vtitur, furtum committit, *l. signaculo, ff. eod. §. placuit instit. de oblig. qua ex quasi delict. nasc.*

37 In pignore iudiciali, vel prætorio, quæ eadem sunt non symbola, idemque statuitur, paucis exceptis, quæ ex quotidiana praxi excipienda sunt, postquam Iudex sequestrationem fieri debere statuit, definit diem certam, intra quam litigantes de sequestro conueniant, eaque attenta, ex officio ipse sequestrum constituit non ante, *l. in venditione, §. fin. ff. de bon. auth. Iudic. possid.* & ità iudicatum in *Curia Suprema Parisiensi* testatur *Papon. lib. 8. tit. 10 arrestō* 1. vt dicit *Tholos. loco cit. sub num.* 12. subdens non pati Iudicem constitui plures in sequestro regendo, nec vltrà tres, nisi bona sequestrata in diuersis Prouincijs reperiantur: nàm tùnc singulis obsignari possūt, licèt alitèr practicetur in *Romam Curia*, secundùm *V. strium lib. 7. cap. 1. in Aula Romana deductionem*, & in Regno per Dominum iurisdictionis delegatum contrà turbantes Regiam Iurisdictionē.
38 [illegible]cetur esse sequester, is qui litigat ne confundetur subiectum dantis, & accipientis *cap. fin. de instit.* ad euitandum scandala *arg. l. aquissimum, ff. de* [illegible], & si alitèr de iure ciuili sit statutū in locatione, *l. si pignore, §. si post distractum pignus, ff. de pign. act.* Itèm prohibetur talis esse consanguineus, vel proximus Iudicis, qui sequestri sententiam promulgauit siuè agatur de causa ecclesiastica, beneficiaria, siuè temporali, *Tiraq. tract. de contr. conuent. in gl. 7. n. 1. et seq.* sed meliùs, & expedientiùs erit pro recta iustitiæ administratione (quicquid sit de sequestro Iudici, vel eius consanguineo faciendo) vt consignationes, siue ius pignoratitium depositum committatur iuribus insignioribus locorum electis ab vtraque parte si conueniatur, sin minùs penès actuarios, siuè penès quos Iudices ordinauerint.

39 Est vlteriùs symbolum intèr depositum, & pignus, quia quemadmodum pignorari possunt mobilia, & immobilia, præ-

prædia, & fructus, iura, actiones, & nomina debitorum, emphytheuticaria tã temporalia, quàm ecclesiastica, et nedum ea specialitèr obligari, sed quod magis illa comprehendi sub generali bonorum obligatione, *text. in l. fin. C. quæ res pign. et in l. 1. ff. de pign.* secùdùm *Afflict. decis. 335. in princ. Surd. decis. 163. n. 1.* vbi firmat id procedere etiam in pignore tacito legali ex *text. in l. hac edictali, §. in omnibus, ff. de secund. nupt. Ant. Monach. decis. Florent. 37. et Bonon. 4. n. 8.* quos sequitur etiam *Barbatus noster de assistentia gl. 5. sub n. 5.* cùm ampliationibus, & declarationibus sub numeris sequentibus, & quod veniant etiam in tali pignore mobilia, & stabilia, iura, & actiones, ac nomina debitorum, probat idem *Barbat. loco cit. sub n. 10.* adducens rationem, quia appellatione bonorum veniunt omnia bona, tàm mobilia, quàm immobilia, ac iura, & actiones, & nomina debitorum, *l. bonorum in fine, l. rei appellatione, ff. de*
40 *verb. sign.* quia quando fit mentio de bonis vniuersalibus symbola sunt cùm hæreditate *d. l. bonorum appellatio 208. ff. de verb. sign.* & appellatione hæreditatis veniunt omnia bona existentia tempore mortis defuncti, *l. nihil aliud ff. eod.* & per cotas inibi per ipsum.

41 Et de bonis emphytheuticis: tàm secularibus, quàm ecclesiasticis probat notabilitèr ipse idem *Barbatus loco cit.* de primis *n. 24. vers. amplia 4.* cùm longa Doctorum remissione, de secundis, relata hinc inde Doctorum opinione *sub num. 25. & 26. in vers. cæterum ijs non obstantibus*, ex rationibus inibi per ipsum adductis quem videre rogo.

42 Idem dicas in deposito, vel sequestro, quia sequestrantur mobilia, & immobilia, iura, & actiones, prædia, & fructus, imò ecclesiastica ipsa beneficia, *Clem. vnica de seq. poss. & fruct. ibique per gl. in verbo beneficium. Doct. in cap. examinata de Iud.* sitq; sequestratio Sacerdotis, vt quæ ante sequestrationem possidebat, non solum prohibeatur de fructibus capere, sed etiam ne possit officijs Diuinis, eius Ecclesiæ, vel prædicationi se immiscere, nisi ab habente potestatem missus fuerit *Bellamara decis. 419. tit. de sequestr.*

43 Habet in se sequester beneficij, potestatem amouendi ab ecclesia amouibiles, ecclesiam regentes, & iura sequestratæ ecclesiæ exercet, iura scilicèt eligendi, & præsentandi, si durante sequestro beneficia vacarent, ad eamdem ecclesiam pertinentia *Rota decis. 323. in antiquis*, quæ facultas extenditur ad ius conferendi, Vassallumque, vel emphytheutam inuestiendi, & alia quæuis iura sequestratæ Ecclesiæ exercendi, *Octauianus Vestrius lib. 7. introductionis in Romanæ Ecclesiæ introductionem cap. 2. n. 3. per gl. in d. Clem. vnica.* in verbo *beneficium ibique, & in d. cap. examinata per Doct. communitèr.*

44 Additur, & aliud symbolum intèr depositum, & pignus, quia vtrumque fieri potest in personis, vel contra eas sit controuersia, vt *in cap. literas, & cap. ex transmissa de restitut. spoliat.* veluti si viator trãseat aliquorsũ ducens animalia, non verò à Domino agnita, Dominũ posse curare, vt commendentur, vel sequestrarẽtur animalia à se cognita penès hospitẽ, mandato Iudicis existente, vt postmodum Iudex vocato viatore, & satisdationem de sistendo dante in iudicio reuocet sequestrum, & inducias viatori concedat *Alex. cons. 63. vol. 3.* prout etiã de personis exhibẽdis, & de liberis, & si de vxoribus cõsequendis, & deducendis fiat controuersia, interim apud matronam esse Iudex iubebit, *l. 3. §. in hoc interdicto, §. pen. ff. de lib. exhib.*

45 prout in Regno practicatur in contintingenti casu matrimonij cum illo, vel alio, tùnc solet Curia sequestrari puellã maritandam ad finem syncere explicandi eius enixam volũtatem, quo pari contrahere matrimonium intendit.

46 Quod fieri potest concurrentibus infrascriptis; nàm ex quo matrimonia sunt libera, & hodie potestates seculares, cuiusuis præeminentiæ sint, non possunt se ingerere authoritatiuè in matrimonijs contrahendis, cessantibus etiam constitutionibus, & omnibus legibus Regni, in quibus statutum erat, matrimonia non contrahenda absque Regio assensu, abrogatis ob impatientiam libertatis matrimonij, iuxtà dispositionem *Sacri Concilij Tridentini*

seff.24. cap.9. de reformat.matrim.

47 Qua aut simplicitèr, & authoritatiuè, quod abest à nostro Catholico D. Rege, eiusque vigilantissimo Prorege; & si assiduum in aliquibus Baronibus tractantibus eorum conscientiam, *come vn Lupino*(pace bonorum dixeram) isti tales per fas,& nefas tractant,coarctant,& sic volunt, & iubent, vt alienæ filiæ Patri Diuiti, & honorato charæ,& cùm maxima dotium quantitate dotãdæ,collocentur in matrimonio cùm vilissimo homine ab ipsis protecto, non sine eorum prouentu, vel in bonificando aliquem eorum famulorum, vel ab alio summam pecuniarum accipiant: absque Dei, Sedisque Apostolicæ, & æternæ gehennæ timore præcipitant puellam,Patrisque honorem, & substãtiam, & ad hunc finem absque probabili causa mandant etiam, sequestrari, & puellæ, & multoties eiusdem Parentum, non absque mortis timore, in nihilum iuuante dispositione *capituli Papæ Honorij*, & *Caroli II.* per quam est statutum,vt matrimonia libere cõtrahãtur absque aliqua requisita licentia cõtra constitutionem,*Honorem nostri Diademitis*, & si bene agunt ipsi videant.

48 Aut verò dubitatur de viribus matrimonij si adfuit metus, si habuit solemnitates requisitas, si potuit, vel non potuit contrahi, & fiunt mandata impeditiua exequutionis matrimonij, & nec hoc ad Iudicem laicum pertinet *Doct.in l. Titia, ff. solut. matr. & in cap. tuam de ord. cogn.* vbi signantèr Siculus ponit rationem, quare de quæstione matrimoniali Iudex laicus cognoscere non potest, hoc illud est, quia scriptum est, *quod Deus coniunxit homo non separat*, ità pronunciare non fuisse matrimonium,non homo, sed solus Vicarius Dei,vel eius deputatus, nempè Episcopus potest iudicare,& etiam,quia idem laicus de nullo spirituali nec principalitèr, nèc incidentèr potest cognoscere, nec etiam de matrimonio,tanquam vno de septem Sacramentis Ecclesiæ, de

49 quibus ad eam iudicare spectat, maximè quia constat matrimonium esse introductum de iure diuino, & non de iure ciuili, ex quibus concludunt communitèr Doctores, quod quando est quæstio iuris de matrimonio, Iudex laicus silet in omnibus, quando vero quæstio est facti, in quo nullum ius spirituale veniat controuertendum, tùnc bene potest Iudex laicus se intromittere, Doctores in locis relatis: indè voluit *Bartolus in d. l. Titia vnum eructare verbum*, quod quando de matrimonio non est quæstio inter coniuges, sed inter alios, ita quod non tractatur de essentia matrimonij, ad finem illud dirimendi, sed ad alium finem;tùnc Iudex secularis erit Iudex competens, & hanc *Bartoli* opinionem latè defendit *Arnald. Albertin. in tract. de agnosc. hæred.par.* 2. quam nuncupatim improbat *D.Reg.de Ponte de potest. Proreg. tit. de assensu Regio super dote.6. sub nu.* 50. ex quo talis cognitio versatur etiam circa ius spirituale incognoscibile à Iudice laico, posseque oriri exhindè præiudicium, quando demum intèr coniuges tractaretur de validitate matrimonij, quod benè fundatur in communi illa instantia, quando coram Iudice seculari tractatur de successione hæreditaria, incidit quæstio an quis sit natus de legitimo matrimonio, tùnc talis cognitio ad Iudicem ecclesiasticum remittẽda est, quia venit decidendus articulus validitatis matrimonij secundùm *Abb. communitèr sequutum in d.cap.tuam.*

50 Vel adest informatio subductionis voluntatis puellæ,timor violentiæ,scãdalum pudicitiæ, & honoris eiusdem puellæ,authoritas,timor coniunctorum, quæ omnia notabilitèr dicit *Cynus in l. si quis non dictum rapere C. de Episc. & Cleric.* contingere solet Neapoli in qua cùm puellis inexpertis, & ignaris, tractatur de matrimonio contrahendo, quæ non habent perfectam ætatem, & aliæ à propinquis,alijsque patronis cõtaminatæ, & deceptæ, ad matrimonia contrahenda impelluntur;tùnc enim ne libertas matrimonij impediatur, & libera illa fiat, & mulieris voluntas vndequaq;libera,& independens sit,poterit per Iudicem laicum procedi ad mãdata facienda, & ad personam sequestrandam;cùm de nulla tractetur matrimonij prohibitione, & sequestratio fit

ad

ad tuendam eiusdem matrimonij libertatem, ad veram, & enixam puellæ voluntatem eruendam, ad eiciendas violētias, fraudes, & subductiones, & coadiuuandam potestatem ecclesiasticam, ex mero Iudicis officio, cuius est prouidere suis subditis, illasque à manu violentum oppressas liberare *cap. Regum dist. 5. vbi gl.* sic etiam vt euitetur dissidium multoties cōtingens inter coniūctos: circa matrimonium puellæ, ex quo vnus vellet habere coniugem puellæ, Titium suum dependentem, alter verò Sempronium: tūnc super his, Iudices, & Principes sua sceptra interponere debēt, quo adhuc quia nō sumus in aliqua figura matrimonij, ità quod penitùs de aliquo iure spirituali non tractetur, & ideò iustè libera persona sequestratur, nam exceptus dicitur hic modus procedēdi, ex textu *in c. locum de sponsalib.* vbi communitèr dixere Doctores, spectare hoc ad Iudicis officium, esseque de vniuersali consuetudine, secundùm *text. in l. 1. C. de nupt.* in quo signantèr sequestro, Iudex in dirimendis discordijs pro puella maritanda se interponit, secundū *Salyc. & Alber. in d. l.* tēpus enim præteritum, matrimoniū scilicet fuisse ritè, vel nullitèr contractū ad potestatem ecclesiasticam omninò spectat, tempus verò futurum de matrimonio contrahendo, quatenùs de facto agitur vt magis libertas matrimonij, & potestas ecclesiastica coadiuuentur in meliùs, remota omni cognitione essentiæ matrimonij, ad Iudicem laicalem pertinet, secundū *Fulgos. d. l. 1. C. de secundis nuptijs*, illudq; tempus futurum arguitur per *Bald.* inibi, esse præludium temporis præteriti, quando dicit, *responde, non est verū, quia erat hic quæstio ante matrimonium contractum*, & sic ante ius spirituale quæsitum, ibi, *post matrimonium contrāctum.*

51 Circumscripto autē tali fine, nempè arcendæ violentiæ, tollendæ subductionis, violentæ contaminationis voluntatis, de quibus sanè Iudex secularis cognoscere potest: cùm de nullo iure spirituali tractetur, nèc principalitèr, nèc incidentèr, cuius quidem Iudicis est cura in bona politica, nè violentia alicui inferatur, & per iuris tramites dissidia omnia terminentur, scandala euitentur, & honores, & existimationes subditorum prouideantur, agiturque de quæstione facti, nullatenùs potestas ipsa laicalis se intromittere potest,

52 & circa ea, potestates ipsæ seculares sileant, nec consilium imperitorum Iudicum quærant, qui multoties casus non discernentes, & leges ignorantes, superiores decipiunt, sic aliàs iudicatū, & consuetum attestantes, tanquàm turpitèr iura ignorantes recurrunt ad allegandum solitum, secundùm *Albert. in l. 1. ff. de cōstit. Princ.* licèt hæc sit optima cautela ex contrario sensu pro aduocatis doctis ad decipiendum Iudicem pappellonem, vt coram eo allegent omnia iura non subsistentia, ex quo tales pappellones solent ex leuibus, & non substantialibus se mouere, secundùm *Ioann. Andr. comm. sequut. in cap. per tuas, qui filij sint legitimi*, prout in obtinenda remissione ab aliquo vendente aquam, vulgo *detto acquaruolo*, cui fracto capite, non potuit ab eo frangeus remissionem extorquere, non obstantibus famosioribus medijs adhibitis, obtinuit posteà ob intercessionem alterius aquaruoli eius symboli, ex regula illa dissimilia non compatiuntur, & similia valdè intèr se conferuntur, ad materiam, vide *D. de Franch. decis. 36. Episc. Ricc. collect. decis. 1826. Annam Iun. in addit. ad eius genitorem sing. 395. Andr. Gaill. pract. obseru. lib. 2. obseruat. 45. n. 7.* et quod Polygamia sit mixti fori, *Farinac. de hæresi quæst. 78. n. 71. Curt. decis. crim. 40.* & quæ pœna, & quomodo possit imponi puellæ sequestrandæ ad hunc finem, ne cùm alio alloquatur, vide *D Reg. Latr. consult. 1. tomo 1.* & alios casus, in quibus fieri potest sequestratio personæ, vide apud *Altimarum obseruat. ad cons. 2. D. Reg. Rouit. tomo 3. à principio vsque ad num. 16.*

54 Et sicuti officium sequestri, versatur circa conseruationem fructuum rei sequestratæ, illosque forti cumulare, & maturos alienare ne ij corrumpantur, exemplo optimi Patrisfam. *l. in venditione, §. si quis fructus, ff. de bon. auth. Iud. possid. d. cap. 21. de sequestr. possess. d. Clem. 1. eod. tit.* exceptis tamen expensis, & sum-

Digitized by Google

sumptibus, nec de illis in aliquam emptionem excogitare valet, sed omninò victori seruandis, & restituendis, *gl. in d. Clem. Vnica de sequestr. possess. in verbo*
55 *restituat*, sic creditor pignoratitius debet fructus rei pignoratæ custodire, vt vel eos debitori restituat, vel in eius capitale compenset, *l. si seruus depositus, §. 1. ff. de nox act. l. si dùm non, vbi communitèr Doct. C. de pign.* apud nos *de assist. quæst. 8. sub nùm. 18. vers. 3. vrget.*
56 Sic etiam concludas in bono symbolo intèr depositum, & pignus, quod si in causam debiti pignora per apparitorem capiantur, non penès eundem debitorem relaxentur, sed bene tertij fidei commendanda, & sic erit pignus in tertium depositum, *l. 1. §. indè queritur, ff. de oper. nou. nunc*, cùm omnibus accidentibus, & qualitatibus, & pignoris, & depositi, pignoris circa fructus seruandos, ratione etiam depositi, vt supra diximus, & iterum depositi, & pignoris simul, & semel circa dolum, & culpam, cùm eadem diligentia adhibēda sit in pignore, & deposito simul, quàm quæ adhibenda veniet in vno, vel in alio, distinctè ratione sui symboli in accidentibus.
57 Aliud symbolum inter depositum, & pignus, quia non tribuunt nisi possessionem in depositarium, et creditorem respectiuè, in deposito licèt consideretur mera detentio, tamen si titulus idoneus præcedat, inducit etiam translationem possessionis, *l. quod meo vbi Aret. per illū text. ff. de acquirenda possess.* et etiam translationem dominij, vt per *Mantica de tacit. d. lib. 10. tit. 1. sub num. 3.* In pignore possessionem dumtaxàt penès creditorem consideramus, *l. si rem alienam, §. propriè, ff. de pign. act.* et in hoc est vna differentia stricta, intèr pignus, et hydotheeam: nàm quando quis obligatur alicui idoneè cauere, non dicitur idoneè cauisse cùm hypotheca dumtaxàt, sed requiritur pignus, vel idoneus fideiussor, *l. si mandato Titij, §. fin. ff. mand.* quia pignus transit in creditorem, hypotheca verò remanet penès debitorem, et ideo non dicitur ità cautum creditori per hypothecam sicut per pignus, prout voluit *Ioann. Andr. in addit. ad spec. super rubr. de pign. & alijs caution. in fine, in addit. quæ incipit ad secundam partem Don. de Sancto Gem. in cap. fin. in princ. col. pen. in vers. tamen Ioan. Andr. de vsur. in 6.* post eos *Neguf. de pign. par. 1. num. 6.* et qualis possessio sit in pignore, vide *Bald. in eodem tract. cap. 15. per totum.*

Per sequestrum non efficitur res litigiosa, et sic res sequestrata alienari potest absque vitio litigij non obstante sequestro, *Natta, Lancellotta, Caroc. & aly in locis relatis, per Dom. Reg. Rouit. decis. 91. sub num. 26.* dummodo non sit prohibita alienatio, *Caroc. de seq. par. 3. q. 9. in verbo inhibitio*, quod non sic est in immissione ex primo decreto, quia tùnc sequuta immissione contrahitur pignus prætoriū, *gl. in l. 2. C. de præt. pign. & in l. 1. C. qui pot. in pign. hab.* et sic acquisitum dicitur ius in re, & ad rem idem *D. Rouit. loco cit. sub num. 27. & 28.* qui sub *numero 29.* id affirmat eo fortiùs in pignore iudiciali, quod contrahitur per immissionem, quæ fit à Iudice ex causa iudicati, & si confundatur cū pignore prætorio: & sequestrum factum ad instantiam vnius creditoris alijs prosit, vide *Cons. Theod. allegat. 86. num. 15. & 16. Mantica cons. 19. lib. 1.*

ARGVMENTVM.

Commodatum, & pignus, in quo sint symbola.

SVMMARIVM.

1 *Commodati contractus symbolus est, qui re contrahitur.*
2 *Commodatum quid.*
3 *Commodatum aliquando accipitur pro mutuo.*
4 *Commodatum, & mutuum contractus sunt*

sunt nominati, & bona fides.

5 *Pignus potest esse etiam contractus innominatus; & quando.*

6 *Commodatum, & in re mobili,et stabili fieri potest.*

7 *Commodati pro implenda promissione actio præscriptis verbis impartitur.*

8 *Pignus, & in re mobili, & stabili constitui potest.*

9 *Creditorem hypotecarium, & pignoratitium inter quæ sit differentia.*

10 *Pignus non consistit in re prohibita alienari, quæ n.11.*

Item in commodato nu. 12. & n.13.

Vbi an uxor possit cōmodari res mariti

14 *Res pupilli nec pignorari, nec deponi possunt, & num.14.*

15 *Minor emens rem ab aliquo habita fide de pretio, an illico venditori rem illam pignorare possit,& valeat.*

Refertur opinio Doctorum asserentium non posse num.17.

Refertur opinio tenentium text.in l.1.§.si minor,ff.de reb.eor.continere modum num.18.

Refertur opinio tenentium, pactum illud cooperari si apponatur ex interuallo, secùs si in continenti n.19.

Refertur opinio Roffredi in cons.3. num. 10. *ad explicationem dicti text. num.20.*

Refertur opinio Velasci consult.77. num.6.*ad interpretationem dicti text. num.21.*

Refertur opinio Grat. discept. forens. *ad intellectum eiusmodi* text. num.27.

Refertur opinio Gutierez *in eadem explicatione num.23.*

Refertur opinio Gait. *ad eundem intellectum num. 24.*

Refertur opinio Barbati *ad expungendum intellectum dicti text. nu. 25. 26.& 27.reprehenditur à Gaito n.28.*

Refertur opinio Authoris ad germanum intellectum dicti textus.

Dicitur per eundem quod dispositio dicti textus sit rationabilis n.30.

Et quod Imperator seuerus orauit pro totali rei minoris non alienanda num.31.

Et quod verbum cepit,est continuatiuum ad præcedentia, & sequentia num.32.

Et quod dominij reseruatio nihil aliud importat, quod solam hypothecam num.33.

34 *Commodari res possunt minoris per Tutorem, vel Curatorem.*

35 *Commodatum non potest reuocari non expleto adhuc vsu rei commodatæ.*

36 *Pignus non reuocatur non facta debiti solutione.*

37 *Obligatio duplex oritur ex re commodata contra commodatarium nu.38.Sic etiam in pignore, & quæ num.39.*

40 *Actio contraria quæ datur commodatatario quæ; & quæ creditori in pignus num.45.*

42 *Actio vtilis quando competat in commodato, & pignore.*

43 *Commodatum ad pignorandum erit commodatum, non vero commodatum ad commodandum.*

CAP. VI.

1 Commodati contractus symbolus est etiam, qui re contrahitur, *l.1. §.is quoque et l.1.ff.de act.& oblig. §.item is instit. quib. mod. re contrah. oblig.* &
2 proindè rei traditione perficitur, patet ex sua diffinitione, quia est, rei alicuius intèr idoneas personas facta ad certum vsum, vel tempus gratuita concessio: Vndè nisi tradatur res, commodè per commodatarium vti non potest: capitur in stricta significatione; non prout
3 potest in latissima, in qua, & mutuum contineri potest, vnum pro alio accipi, sicut pro mutuo *Cicero* accipit commodatum *6.in Verrem*: Sic pignus, quod in stricta significatione,nisi rei traditione non perficitur,quando alias accipi possit etiam pro hypotheca, in qua rei traditio non exigitur, & abusiuè etiam dici potest consistere in re stabili, quando eiusdem portiuncula manu capitur, & pugno clauditur, & sumitur pars pro toto *Neguf.de pign.in princ.membro.q.1.*
4 *num.* 2. & ambo sunt contractus nominati,& bonæ fidei:de commodato testatur *Mantica,lib.9.tit. 1.sub n.5.*& de pignore probat *Gait. de credito cap.4. q.3.*
5 *nu.* 21. & sicuti pignus potest esse etiam in contractu innominato,vtputa quando pignoris possessio creditori non traditur

ditur, contractus dicitur innominatus, & sola pignoris conuentio appellatur *ad text.in l.1.ff.de pign. act.l.contrahitur, ff.de pign.* ex quo contractu de iure prætorio actio nascitur *ad text.in l.si tibi,§. de pign.ff.de pact.* secundùm *Mantic.dict. tract.lib.11.tit.2.n.2.* sic secundùm eundem *loco cit.d.lib.9.tit.9.n.7.* idem est in commodato.

6 Commodatum etiam sicuti in re mobili constitui potest, sic etiam in re immobili bene formatur, *§.item is. instit.quib.mod.re contrah.oblig.l.1. §.inter commodatum,ff.eod.* in nihilùm repugnante distinctione intèr commodatum, & vtendum datum, secundùm *Labeonis* sententiam, quam reicit *Mantica d.lib.9. tit.1.sub num.4.* scilicèt domum accommodari gratia habitandi, prout in iure habitandi vsus domus commodatur: seruitutes ad certum tempus concessæ alicui rectè commodantur aptitudine ad vsum alicuius, permittendo alicui illis vti, & *Cicero 4. ad Herend.ait*, cuidam ædes maximas ad nuptias accommodasse, meminit *Tholos.Syntagm.iur.ciuil.uniuers.lib.23.cap.1.sub num.3.* cætèrorum

7 pro implenda promissione, actio præscriptis verbis non commodati impartitur, *l.si gratuitam, ff.de præscript.verb.*

8 Sic etiam dicas in pignore: Pignus enim, vt in præcedenti capitulo probauimus constitui potest in re mobili, & stabili, iuribus, & actionibus, vt *in l. sciendum,§.creditor,ff.qui satisd. cogant. & in l.cùm notiss. §. sed non illud, C. de præscript.30.annor. Bart.in l.fundus,ff.de ann.legat. Alciat.in d.§.pignus,& in l.grecè,§.statu libero, & l.& quæ nondum,ff.de pign.Griuell.decis.Dolan.43. n.17.* intellige eo modo, vt iàm suprà diximus, de pignore latæ significationis: cùm in strictissima significatione adest illa differentia, de qua supra & etiam prout intelligit *Ant.Fab.de error.pragm.decade err.6. num.5.* qui intèr aliàs differentias adnotat etiam, quod creditor pignoratitius plus iuris habet in pignore circa eius fructus, habito respectu ad interesse, & legitimas vsuras, quas habet creditor hypothecarius.

10 Et sicuti limitatur supra posita regula. Primo in pignore in re prohibita alienari, nempè in re litigiosa, quæ sicuti non potest alienari lite pendente, sic etiã pignorari prohibetur *ad text. in l.1.§.fin.ff.quæ res pign. oblig. poss.* quem textum procedere affirmat *Gait. de credito d.cap.4.quæst.7.sub num.43.* tàm in rebus mobilibus, quàm in rebus stabilibus litigiosis allegat *gl.in d.l.1.*

Sed tu circa mobilia ne intelligas *Gaitum*, quia ea possunt alienari absque vitio litigij, penitus cessante dispositione *cap.ecclesiastis*, vt supra diximus, ergo, & pignorari, arg. à symbolo.

12 Idem etiam statutum est in commodato, tàm in eo prohibentur cõmodari res, quæ non sunt in commercio nostro, prout etiam nec vxor commodare potest res viri, quas ille aliàs non commodasset, vt sunt libri, arma, æqui, canes, & similia, *Tiraq. de legib. connub. gl.3.num.193.* post *Flor. de Sancto Petito in l.1.num.3. 4. ad legem Aquiliam*, licer

13 vxor, cessante prohibitione mariti, quę in dubio non præsumitur, *arg.l.1.ff.rerũ amotarum, & l.aduers. ff.de crimine expil.hered.* possit res communis vsus commodare, *Mantica loco cit.tit.4.sub num.8. vers. quæritur etiam*, nisi tales res commodentur ijs, qui earum vsum habere non possunt, prout intèr Sacerdotes benè cadit commodatum in rebus ad vsũ diuinorum officiorum, & quorum laici non sunt capaces, vt illis vtantur, nempè in calice, vestimentis ad vsum celebrandæ missæ, & similium.

14 Secundo sicuti res minoris nec pignorari, nec deponi possunt, vt in præcedenti capitulo probauimus, sic etiam nec commodari absque Tutoris authoritate, vsque adeo, vt etiam si pubes dolum, aut culpam admiserit, hac actione non teneatur, quia ab initio non constiterit, *l.4.ff.eod.Tholos.loco cit. sub nu.3.* licèt de lata, & læui culpa naturalitèr abstrictus pupillus intelligatur *l.1. ff.de nouat.Bart.in l.2. n.1.ff.de fideiuss.* sequitur *Mantica d.lib.9.tit.4.sub n.10.& 11.*

15 Sed vtrùm sicuti res minoris pignorari non possunt absque Tutoris authoritate, & Iudicis decreto *ad text. in l. 1. in princ.ff.quæ res pign.oblig. l.Prases, C. de præd. minor. & l.si pupill. cùm §§. seq. ff. de reb.eorum*, ex quo species alienationis

tionis est, adeo quod contendunt acerrimè Doctores intèr se, in casu, quo mi-
16 nor emeret rem, cuius pretium non soluit, venditor ea lege, & pacto minori titulo venditionis tradiderit, vt eadem res vendita sit pro pretio obligata in specie, donèc per minorem pretium soluatur: cùm nèc talis minoris obligatio, pro pretij rei emptæ solutione nullius momēti sit, probat *Diuus Seuerus in d l. 1. §. fin. ff. de reb. tor.* ibi, *Si minor viginti quinque annis emerit pradia, vt quo ad pretium solueretur, essent pignori obligata debitori, non puto pignus valere: nam vbi dominium quæsitum est minori, capit*
17 *non posse obligari*, quod aliqui Doctores ampliant etiam si Tutor, aut Curator emerit eodem cùm pacto, quia in secundo loco agitur de re minoris iàm sibi quæsita, per emptionem distrahenda sub pignore, absque Iudicis decreto haud fieri posse, vt de magis communi contrà *Curtium, & Cagnolum* testatur *Tiraq. de retract. conuent. ad finem tituli n. 10. Pinellus de bonis maternis parte 3. nu. 53. vers. antequam, Menoch. de arbitr. casu 171. num. 31. Simoncell. de decr. minor. lib. 2. tit. 6. inspect. 1. n. 16.* qui eùm alijs nempè *Cumano* in eadem lege *Valasc. quæst. emphit. 35. num. 4.* videntur vlteriùs affirmare, dispositionem illius legis acerbam irrationabilem, & nimio rigore plenam, & proindè ad alios symbolos casus non extendendam, quod si licuerit contrà Iurisconsultum alloqui, cōtrarium in specie disponi deberetur.

Arguunt ex eo, iniquitatem, rigorem, duritiem, & irrationabilitatem illius *text.* ex eo, quod contrà ipsum multæ vigent naturales regulæ, quibus contrarium statui debuit.

Primo, quia pactum illud est iure approbatum per *legem Iulianus, §. afferri, ff. de act. empt.* vndè tanquàm à iure permissum omninò seruandum *l. non impossibile, ff. de pact. Doct. communitèr cùm gl. in l. ea lege, C. de cōdict. ob causam Bart. in l. legitima, ff. de pact. Ias. in l. qui Roma, §. Diui in 1. lectura num. 31. ff. de legat. 1.*

Secundo, quia venditor non fuisset alitèr venditurus nisi cùm pacto dictæ hypothecæ, *l. si quis aliam, ff. de solut.*

Tertio, quia vnica tantum conuentio venditionis scilicèt, & obligationis, pignoris, siuè hypothecæ incontinenti appositæ, scilicèt in eodem venditionis contractu reputatur pro vno, eodemq; indiuisibili contractu: Vndè aut totum approbare debet minor, aut ab omni recedere *ad text. in l. cùm quæritur, ff. de admin. Tut. & in l. Caius, ff. de manum. Alciat. in l. si tibi pecuniam in fine, ff. de reb. cred. num. 2. Neguf. de pign. par. 4. num. 37. Afflict. in cap. 1. num. 10. de feud. dat. in vim leg. commiss.* alijque plurimi longa remissione recensiti per *Gait. d. quæst. 7. sub nu. 445. & 446.* alios cumulat etiam ad iuris regulam dictus *Pinellus loco cit. nu. 42.* ex quibus apparet æquitatē aliud suadere, & ex diametro contrà dispositionem *d. §. si minor*. Ideò quod aliqui ab isto Scyllo fingentes longiùs abire, miserrimè dederunt in Carybdim: cùm tanquàm immemores illius textus dispositionis, contrarium suaderunt, & in concludendo responderunt, in quorum serie sunt *Angel. Perus. Paul. de Castro Bald. Franc. Accurs. Ioann. Andr. Alberic. Curt. Iun.* cæterique passim, de quibus testatur *Pinellus loco cit.*

18 Asseruerunt alij necessariò, textum illum continere mendum, vt Author est *Tiraq. de retract. conuent. loco cit. num. 13.* & quod proindè verisimiliùs est contrarium voluisse *Vlpianum* in eadē facti specie, corroborant id ipsum authoritate *Bald. cons. 435. lib. 2.* quo in loco videtur allegare textum illum in contrariū eius, quod habet cōmunis litera: cæterū contrà *Baldum* patet solita eiusdem modi allegandi iura consuetudo, vt de eo diximus in nostro *tract. de assist. q. 18. sub num. 13. & 14.* & contra eum patet resolutio, ex medijs quæ præceteris tradunt *Menoch. d. casu 171. nu. 31. & Grat. discept. forens. cap. 402. num. 14.* dicentes nullum posse opponere mēdum, ex quo sic patet ex communi vulgata, excepta ex *Pandectis Florentinis*, in quibus aliud in contrarium esse apparet, ad quod firmandum adducitur idem *Bald. in textu* illo, in quo idem sentitur, prout in culpata litera, ibi, *ex conuentione præcedente, &c.*

19 Dicunt aliqui, communem opinionē Doctorum esse, vt intelligatur textus il-

Nnn le,

le, vt vendicet sibi locum in obligatione facta, siuè in hypotheca per minorē constituta, ac apposita non incontinenti, & in eodem venditionis contractu, bene post absolutum contractum ex interuallo: quia si incontinenti, & in eodē venditionis contractu formaretur hypotheca subsisteret vtique, ceù correspectiua, in nihilum repugnante textu illo, de quibus longam remissionem fecit *Gait. loco cit.* & post eum *Barbat. noster de astist. gl. 5. num. 86.* & nouissimè amicus noster *D. de Luca obseruat. ad Franc. h. 369. num. 2.*

20 Vndè pro germano intellectu dicti textus in dicto §. *fin.* dixit *Goffred.* secundum seriem *Barbats d. gl. 5. num. 85. in conf. 3. n. 10.* procedere textum illū, quādo aduenerunt duo actus, alter scilicet alienandi, alter postremo obligandi: nā tùnc post secutam traditionem rei, non valebit eiusdem pignoratio, in præiudicium iuris, & dominij minori iam quæsiti, ex antecedenti contractu, & quod ità loquatur *d. §. si minor* cùm duobus alijs legibus sequentibus: tribuens id *Baldo* talitèr intelligenti, secùs autem quando non reperitur vnum sine altero, sed simul, & in eodem tractatu, et cōtractu, et ante vnum absolutum confectum est etiam, & alterum, simulque vtraque ; eracta fuere, quia tùnc non inficietur obligatio pignoris super te à minore contracta in illo vnico actu, et sic videtur assentiri etiam *D. Marchio Murconi de Ponte decis. 4. num. 46.*

Cæterùm huiusmodi *Goffredi* intellectum confutat *Barbatus, inibi,* dicens, illum esse contrà apertam textus literā *in l. 2. seq. ff. eod.* quę expressè statuit *idē, quod incontinenti* contenderūt incōtrarium supracitati Doctores, ibi, *quod cùm Domini pignus quæsitum est, et ab initio obligatio inhæsit,* et quod spectat ad dispositionem *l. 3. eod. tit.* videtur esse diuersis in terminis, nempè fundi minori empti, & traditi pecunia alterius minoris, qui est obligatus minori siuè pupillo illi, cuius pecunia comparauit, et id ratione singulari, quia scilicèt priuilegiatus vtitur priuilegio contrà priuilegiatum, *l. verum, §. fin. ff. eod. l. fin. ff. quib. ex caus. maior.*

21 *Valasc. consult. 77. num. 6.* asserit in terminis *d. §. si minor,* nullam aliam esse rationem inquirendam, nisi eandemmet, quam *text.* ille adducit, quia scilicèt vbi dominium quæsitum est minori, cæpit non posse obligari, quasi tacitè innuat textus, pactum illud fuisse collatum in tempus inhabile, & sic in tempus, quo minor factus Dominus non potest suum pignorare prædium sine decreto *dicta l. pupillorum, §. si Præs. ff. eod. tit. de reb. cor.* & sic cùm ratio manifesta apparet in textu, aliàs rationes ad illū explicādum non quærendas. Quam *Valasci* rationē, & si secundū textus literam, cōtendit similitèr *Barbatus loco cit. sub n. 88.* dicens *Valasci* intellectū non aperire, quid cōcludendū sit in determinatione articuli: si nempè *text.* ille, eiusq; dispositio procedat in simultaneo cōtractu, vel in alio, & diuerso ex interuallo ab emptione, & est super quorum altero, quilibet ex cōtrariæ sententiæ sectatoribus suos figit pedes, & ideo extra textus verùm intellectum est *Valasci* interpretatio.

22 *Gratianus discept. forens. cap. 242. num. 11.* pro intellectu dicti textus, duo adducit tempora distinguenda. Primum, scilicèt, in quo venditur res minori; secundum vero in quo fuit ei res vendita tradita cùm translatione dominij: probans neutro istorum temporum posse consistere pignus, non primo tempore, quia res non erat adhùc minori tradita, ex quo ipse venditor, non vero minor adhùc Dominus rei venditæ esset, stante dicta reseruatione. Non in secundo tempore, in quo factus Dominus minor rei emptæ, non poterat eam, nec alienare, nec sine decreto Iudicis pignorare, quia eo ipso, quo desinit res esse venditoris incipit esse emptoris: cū non possit dari aliquod tempus, neque consideratur interuallum aliquod, in quo possit pignus contrahi; ex quo finis dominij vnius, est principium, & origo alterius, *l. fin. C. de comm. success. l. placet ff. de acquir. hæred. & in cap. grand. de suppl. negl. Prælat.* & huius sententiæ fuisse etiā *Caldas de rest. in integr. in verb. contr. actū fecisti num. 9. vers. nobis vero,* quem totis viribus impugnat *Guttierez de Tut. par. 2. cap. 5. n. 36. vers. sed quicquid dicat Caldas,* & post eum *Gait. loco cit. sub nu. 466. & seq.* ex eo magis, quia illorum sensus

est

est contrà textus dispositionem, quæ dicit, quod eodem tempore intercessit dominij acquisitio, & pignoris constitutio.

23 Proindè *Guttierez loco cit.* tenet indubitantèr valere pactum hypothecæ appositum per minorem in contractu venditionis, quemadmodùm pactum de retrouendendo, et ad textum *in d. §. si minor* respondens dicit, sensum illius, et literarum intellectum esse, ex *Cumano*, et *Alciato*, loqui scilicèt illum, in pacto hypothecæ apposito ex post facto, et sic ex interuallo, post contractum venditionis celebratum, et subdit, patere illum, absque vlla violatione literæ ex verbis *eiusdem* §., in quo assignatur ratio illa, nàm vbi dominium quæsitum est minori, cæpit non posse obligari, ergo inquit ipse; si dominium fuerat quæsitum minori, quando postmodum hypotheca fuit constituta, et adiecta, erat iàm priùs purè vendita res illa minori, et proindè non mirùm, si minor ille effectus Dominus non possit rem illam sine decreto obligare, Insuper concludit ex nullo verbo decisionis textus *d. §. si minor* apparere, quod constat pactum hypothecæ fuisse appositum tempore venditionis, et rei traditionis, quem *Guttierez* intellectum euacuat *text. in d. l. 2.* secundum *Gutt. loco cit. nu.* 468. in qua ad literam traditur: *cùm dominio pignus quæsitum fuisse, & ab initio obligatio inhæsit.*

24 Post præfatos, et alios, quos longa remissione citat, et confutat *Gait. loco cit. sub n.* 477. *& seq.* dicit ipse, verum sēsum dictorum iurium esse, vt *in d. §. si minor*, constituatur regula generalis negatiua, nō valere scilicèt pignoris obligationem, vel meliùs pignus factū per minorem super re sibi vendita, et tradita ex interuallo, ante dicti pignoris constitutionem, ex verbis illis, ibi, *nàm vbi dominium quæsitum est minori, cæpit non posse obligari*: excipiuntur modo ex illa regula duæ limitationes, ex quibus *in seq. l. 2.* nempè prima fauore fisci, secunda vero, quando incontinenti, & in eodem contractu fuerint factæ, & venditio, & obligatio, siuè pignoratio. probat primā fauore fisci *ex d. l. 2.* ibi, *quod si à Fisco emerit, nèc dubitatio est, quin ius pignoris saluum sit.* Probat secundam de obligatione in eodem contractu factam ex eadem *l. 2. in princ.* ibi, *quod cùm dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit*, super qua diffinitur, & concluditur in calce eiusdem legis, ibi, *si igitur talis species in priuato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus est, vt rescripto pignus confirmetur.*

Quam *Gait.* interpretationem, & iurium intellectum, licèt longiori sermone diffusum, quàm par sit nuncupatim improbat *Barbat. loco cit. vers. hac Gait.* ex quo nulla limitatio, nullaquè exceptio excipitur à iuribus prædictis, sed regula dūtaxàt stat in sensu vtriusq; prout ipse *Gait.* testatur *loco cit. sub num.* 488. in quo dicit eamdem facti speciem esse *in d. §. si minor*, quàm *in d. l. seq.* 2.

Vndè miratur *Barbatus* de exceptione postmodum excogitata per *Gaitum*, quæ non est eadem cùm regula, sed diuersa, diuersique casus vtraque, in dictis iuribus de vno, eodemque casu dumtaxàt, & de vna, eademque facti specie tractatur, ergo potiùs confirmatio, quā limitatio ad regulam, nèc aliquid faceret si fortasse diceret *Gaitus* (subdit *Barbatus*) diuersitatem ex eo intelligi; quia in regula, de qua *in d. §. si minor* agitur de obligatione ex interuallo, prout ex suis colligitur traditis ad verba *d. §.* ibi, *nàm vbi dominium quæsitum, & minori, cæpit non posse obligari*, limitetur verò, quando incontinenti fuerit ea interposita, & eodem in contractu, ibi, *& ab initio obligatio inhæsit*, quia non recta argumentatio, sed læuis inductio potiùs, siquidem si diceret regulam apud *Vlpianum in d. §. si minor*, simplicitèr, non valere obligationem rei emptæ factæ per minorem, vt quousq. pretium solueretur, esset pignori obligata venditori, & deindè subiungeretur limitatio in casu, quando incontinenti, quod possit tùnc aliqualitèr colorari *Gait.* intellectus; verū ipsemet tradit, regulā esse, obligationem factam ex interuallo non tenere, sic ipsemet excipit ex verbis *d. §. si minor*, ibi, *nàm vbi dominium quæsitum est minori, cæpit non posse obligari*, quando postmodum tradit *ex l.* 2. elici limita-

tionem ad regulam præfatam in casu, quo incontinenti, & eodem contractu fuisset appositaæsset vtique illud superfluum, tanquam comprehensa limitatio in regula ipsa à contrario sensu: nàm quid esset dicere non valere obligationem factam ex interuallo,& in diuerso contractu, nisi quod à contrario sensu tenent, si incontinenti, & in eodem contractu ad hoc, vt superfluitas euitetur.

Quapropter ex his, & alijs concludit *Barbatus in verf. sic itaque*, quod sicuti malè interpretati fuerunt supracitati Doctores *d.§.si minor*, iuncta *l.2.* vt ipse *Gaitus* fatetur,sic etiam,& ipse *Gaitus* pessimè incidit in maiorem errorē.

25 Et proinde suum germanum intellectum eligendo *Barbatus* ad interpretationem eiusmodi difficultatis, comprobat excogitata per *Barbosam in l.si constante num.* 124. *verf. neque obstant, ff.solut.matr.*subdens de sua mēte,quod siuè præcedat,siuè simul cùm venditione intercedat, quia non potest illud verificari,nisi præcesserit translatio dominij,& sic post quæsitum à minore dominium non haberet pactum illud, extremum habile ad operādum pignus, quia dominus, & possessor, pignus constituere non potest;prout nos etiam diximus in præcedenti capitulo, & ex quo potest vnico actu, & dominium,& hypotheca contrahi ordine successiuo, ergo:

26 Verum stringendo fimbrias *Barbatus noster* ad eruendam duritiem, quam aliqui asserunt esse *in dicto* §. *fin.* reportat se ad historiam *Ioannis Vulfranci Tremonij in sua Symphonia Iuris Cronologica*, & dicit (teste illo) *Vlpianum* fuisse contemporaneum *Pauli I.C.* & *Alexādri Seueri Cæsaris*. *Vlpianus* enim extitit primum Tutor, deindè Consiliarius dicti Alexandri Seueri, & rursùs eodem Cæsare Præfectus Prætorio sub anno Christi 230. aliàs extitit idem *Vlpianus* assessor Papiniani Præfecti Prætorio, vna cùm eodem Paulo authore *d.l.2.ff. de reb. cor.* qui Paulus extitit Consiliarius eiusdem Alexandri Seueri; ex qua historia excipit *Barbatus* dispositionem *dicti* §.*si minor* non esse *Vlpiani*, licèt ipsius sit nomen, sed benè eiusdem Imperatoris Seueri, vt ipse itidem *Vlpianus* fatetur, ibi *Imperatoris Seueri oratione*,& agit de totali prohibitione, de qua in toto *tit.de reb. eorum, qui sub tutela, vel cura sunt sine decreto non alienandis, vel supponendis.*

Et sic ponderat *Barbatus* pro facti specie *in d.§.si minor*,perorasse Diuum Seuerum Imperatorem in oratione recitata in Senatu, multa circa prohibitionem alienationis, & suppositionem, & pignoris constitutionem rerum minoris, statuisseque minorem 25. annis prædia ementem,vt quoad pretium solueretur, eamdem rem pignori supponi non posse,quia,*vbi dominium quæsitum est minori,capit non posse obligari*,post iuris dispositionem determinationemque in peroratione stabilitam, subsequitùr mox Paulus, & dignoscens nimis durā cuique apparere dispositionem Imperatoris in dicta sua oratione in dicto casu *d.§.si minor*, quoad minorem emētem cum pacto præfato, vt quo ad pretium solueretur, res illa empta, esset pignori obligata, & duritiem detegendo supponit difficultatem, siuè dubium, quoad dubitandum circa illam inducitur, prout apparet *in d.l.* 2. cuius Pauli difficultas taliter per ipsum explicatur, *quia cùm dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit*, quasi dicat, quia cùm dominio pignus quæsitum est,contrarium vtique videretur respōdendum, fore scilicèt pactum omninò seruandum,eo quod tali lege conuenerunt:nàm aliàs forsitan non contraxissent.

Quibus non obstantibus distinguit *Paulus*, an quæstio incidit cùm fisco, an verò,cùm Priuato, & primo casu si cùm Fisco,vtputa quia fiscus vendiderit, cōcludit nullam esse dubitationem, quin ius pignoris saluū sit, ex eo quia Fiscus habet de iure tacitam hypothecam *l.* 2. *C.in quib.caus.tacit. hypoth. contrah.* quæ tacita hypotheca est de causa,vt ius pignoris saluum sit,quemadmodum etiam in terminis *l.3.ff.eod.tit. de reb. cor.* in quo fauore alterius minoris obligatur fundus minoris absque decreto, & sic priuilegiatus vtitur priuilegio contrà pri-

priuilegiatum, vt *gl. inibi* in verbo ius pignoris. In secundo vero casu, qui est propriè ille, de quo in dicta oratione Diui Seueri relata *in d. §. si minor* concludit idemet, quod edixerat Seuerus Cæsar in dicta sua oratione, & quod iste sit verus, germanusque intellectus illorum iurium concludit *Barbatus*.

27 Cuius effectum assignat *sub num. 99.* resultantem ex eiusmodi resolutione, quod tametsi non priuetur venditor iure suo, & consequentèr possit recuperare pretium rei venditæ à minore emptore, qui factus est locupletior ex dicta venditione *ad text. in l. si id quod, §. fin. in fine, ff. de rescind. vendit.* cùm concordantibus inibi per ipsum, tamen ex quo non contrahitur hypotheca per obligationem dicti minoris, non præfertur super re illa pro pretio anterioribus creditoribus hypothecam habentibus.

Contra cuius *Barbati* dicta, velocitèr insurrexit *Gaitus in vlt. appendice sub num. 293. & seq.* & defendendo suam exceptionem *num 300.* substinet exceptionem ab ipso depromptam, à iuribus prædictis satis esse de regula, cuius natura est, vt idem alloquatur, quod dicitur in regula, & contrarium ex illius terminis probare valeat, allegat post alios *Eucrard. in sua Topica* in loco ab exceptione ad regulam, vers. *secundo istud argumentum formatur.*

Quàm exceptionem nescio quomodo poterat saluare *Gaitus* ex illis tribus assignatis temporibus contrahendi, vt *num. 318. & seq.* maximè quia omnia comprobare ausus fuit *sub num. 340.* ex facultate illa, quam dicit habere venditorem de dominio sibi reseruando, quoadhuc soluatur pretium, quando facultas illa ex magis communi, & recepta opinione nō conferat venditori, nisi nudam hypothecam super re vendita cùm illo pacto, vt post omnes fatetur *D. Consil. Hodierna ad Surd. decis. 157.* nèc est verum quod subdit *Gaitus sub num. 343.* quod si scilicet non seruetur dominium adhùc tale dominium translatum in minorem emptorem est reuocabile, eo quod ex pactis in instrumento venditionis adiectis, & signantèr ob hypothecam specialitèr appositam, si pretium non soluatur dominium commutari, & reuocari potest, quia cū effectu longè aberrauit in hoc *Gait.* quia pactum illud non est de substantia emptionis, & venditionis, sed incidit dumtaxàt in contractū, vndè si nō seruetur, non inficit contractui cùm alia detur actio ad pactum seruandum, vt in casu nostro, non ex empto, & vendito, sed hypothecaria, vt probauimus supra *tit. 1. cap. 3. à n. 72. ex l. ex conditione C. de rescind. vendit.*

Nec obstat *text. in l. cùm te fundum* etiam per nos inibi allegatus, quia *text.* ille loquitur de pacto, quod dat causam finalem contractui, vt explicauimus inibi *num. 56.* hypothecaria contenta in venditione non est causa finalis illius contractus, sed cōsecutionis pretij dumtaxàt, cui si adueniat pactum hypothecæ accidens est, vt infrà clariùs probabimus, nec allegata *decis. Afflict.* facit *ad Bombum*, quia inibi agebatur de euictione sequuta, per quàm benè reuocatur contractus, & datur hypothecaria super alijs bonis venditoris, quæ videntur supposita eueniente illo casu.

Et maior est error intolerabilis *Gaiti*, quando *sub num. 348.* affirmat ex decisis *per D. de Franch. in decis. 369.* venditionem, & hypothecam, & cætera pacta simul, & semel in contractu apposita non habere priùs, & posteriùs, omniaque in instāti, & promiscua operari; error est siquidē intolerabilis dignusq; non leui animaduersione: ex eo, quia in eodem subiecto, & constanti, nunquā stare possunt acquirere, & perdere, tanquàm contraria, sed omninò sunt assignanda distantia, & si minutissima temporum, in quorum primo fiat acquisitio, & in secundo perditio, vt plenè probauimus *in tract. de assist. quæst. 14. sub n. 25. in fine*; hypotheca præsertim ceù accidens in subiecto omninò quærit antecedens subiectum, cui inhæreat, & in hoc etiam deceptus fuit *D. de Luca dicta obser. 369. sub n. 3.* quia aliud est dicere pacta incontinenti apposita in cōtractu, vel statim sunt correspectiua, nempè vt vnum reguletur ab altero, & vno dempto auferetur, & aliud, vlteriùs in-

inquirere non dari etiam secundum naturam contractus, in eo priùs, & posteriùs, quia in primo casu conspicienda est compatibilitas cõtractuum, siue pactorum in eis appositorum, vt simul, & semel stare possint absq; vlla repugnãtia. In secundo casu inspiciendus est ordo instantium, in quo per priùs, & posteriùs stare possint pacta intèr se repugnantia, quandò nullatenùs considerari possunt simultaneè, tanquàm incompatibilia, vt mox dicemus pro conualidanda nostra nouissima opinione ad intellectum *dicti §. si minor*.

29 Quæ in hac subiecta materia ea est, prout statuta est *in d. §. fin.* non quia id regulare sit, prout voluit *Barbatus noster loco cit sub num. 98. in fine*, & si tale esset, bene etiam affirmasset *Barbatus*, prout & nos etiam supra diximus *cit. cap. 1. sub n. 75. & seq. vsque ad num. 89.* ad intellectum *l. singularia, ff. si certum petat.* quæ dispositio tanquam singularis non extenditur ad alios casus, vt inibi probauimus sub *eod. num. 89.* prout in casu nostro præsupposuit *D. de Franch. d. decis. 369. num. 9.* & malè vt infrà demonstrabo. Nec etiam quia Diui Seueri fuit oratio, in qua lex illa fuit constabilita, declarata postmodum per *Paulum in subsequent. l. 2.* in qua realitèr nulla videtur inducta exceptio: nisi in casu Fisci dumtaxàt, qui fuit in causa declarationis factæ per Paulum, vt patet àd literam *in d. l. 2.* ex quo nihil ad rem historia, & si ingeniosè adducta à *Barbato*; ex eo, quia à nemine negatur legem secundam *Pauli*, fuisse promulgatam post *dictam legem primam, §. si minor* post Seueri completam orationem. Sed est dignoscenda dumtaxàt eius rationabilitas, quando incontinenti, & in principio contractus paciscitur per venditionem cùm minore emptore, de hypotheca eiusdem rei venditæ pro eius pretio consequendo, de quo habita fuit fides, ex quo qui alitèr senserunt, sunt proculdubio alloquuti contra expressum casum *legis, & si dua,* & tanquam contrà stimulum calcitrantes, nõ sunt audiendi, & si exercitus sit eorum numerus, & sexcentas adducant inanes rationes, vt diximus *in d. num. 89.*

30 Et quod *text. in d. §. si minor* loquatur de pacto incontinenti apposito, & de hypotheca in principio contractus stabilita, quo non obstante, sit etiam rationabilis, & omninò seruandus, eo quod magis ad alios casus symbolos extendendus, in nihilùm refragante dubio *D. de Franch.* aliorumque contrà sõniantium, patet ex vnica, & inuincibili ratione, quam desumo ex lectura totius illius legis, siuè *Diui Seueri* sit, siuè *Vlpiani*.

Aduertatur, quæso, quod oratione Diui Seueri, prohibiti sunt Tutores, & Curatores prædia rustica, & suburbana distrahere absque Iudicis decreto, vt excipitur ex illis verbis præceptiuis, ibi: *Praterea Patres conscripti, interdicã Tutoribus, & Curatoribus, ne prædia rustica, & suburbana distrahant: nisi id, vt fieret parentes. Testamento, vel codicillis cauerint. Quod si fortè, es alienum tantum erit, vt ex rebus cæteris non possit exolui: tunc Prætor Vrbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione existimet, quæ possint alienari, obligariuè debeant: manente pupilli actione, si posteà potuerit probare obreptum esse Prætori.* Respondeant Interpretes, quid in hoc primo periodo orationis Cæsar Seuerus statuerat, respondent absque dubio, prohibitionem Tutoribus, & Curatoribus distrahendi bona stabilia minoris, rectè, & id quod magis in subsidium stabilia minùs dãnosa, ibi, *quæ possint alienari*. Quid vlteriùs statuit etiam Cæsar Seuerus, illud magis, vt nullatenus Tutor, vel Curator distrahant, pignoratiuè bona stabilia minoris absque decreto Iudicis, ex sua religione inspicientis, tàm si incontinenti, quàm si ex interuallo constituãt pignus. Quid replicant: Negant si incõtinenti, quia id non exprimitur in textu. Ergo saltim (subdo ego) ex interuallo. Ità est affirmant isti in eorum opinione: benè. Sistemus in hoc.

Sequitur oratio Diui Seueri, & in alio eius periodo sic statuit. *Si communis res erit, & secius ad diuisionem prouocet, aut si Creditor, qui pignori agrum in parente pupilli accepit ius exequatur, nihil nouandum censeo.* Quid nùm intendit nouare Cæsar? id quod fieri potest absque

absque decreto, dicit *gl. ibi lit. P. in verbo censeo*. Est nè aliud dispositiuum periodum in dicta oratione, secundùm *Accursium in d. verbo censeo lit. P.* dicitur, quod non, ibi, *hucusque sunt verba orationis*. Cætera duo perioda, seu §§. nēpè *qui defunctus*, & *si minor annis*, cuius sint? *Valfrancus Tramonius loco cit. per Barbatum* hoc non dicit, ergo historia est manca, forsitan *Vlpianus*, qui author est illius descriptę legis alios duos illos §§. addixit, sed non probat, quia §§. illi in continuato sermone sunt, igitur potiùs *Accursius* malè dixerat, quàm *Tramonius* incluserat, qui dicendo composuisse legem Cæsarem orando, intelligendus de totali legis dispositione cùm omnibus suis periodis, & explicationibus, aliàs dicerem orationem fuisse defectuosam, si omnia necessaria non prouidisset, quæ contingerunt dicenda in oratione illa, & proindè omninò affirmandum, duos illos alios §§. eiusdem orationis esse, qui sunt primus. *Qui defunctus dùm viueret res venales habuerit, testamento tamen non cauerit, vt distraherentur abstinendum erit à venditione: Non enim vtique quod ipse voluerit vendere, idem etiam posteà distrahendum putauit*. Secundus, *si minor viginti quinque annis*, (& est textus quē explicamus) *emerit prædia, vt quoad pretium solueretur, essent pignori obligata venditori non puto pignus valere: Nàm vbi dominium quæsitum est minori, cæpit non posse obligari*. Nonne tales sunt dispositiones in dicta oratione. Nūc sistite mecum aduersarij, & dignoscite, & diuarium dicti vltimi §. *si minor* ab illa prima orationis dispositione, & rationem eiusdem.

Ecce iam Imperator Seuerus, in primo periodo suæ orationis indefinitè prohibuit minorum stabilia, nèc alienari, nèc pignorari posse: dico indefinitè, hoc est, regularitèr, exceptio huius regulæ prohibitiuæ est prima, nisi id à parentibus sit elargitum, ibi, *nisi idemet fieri, parentes testamento, vel codicillis cauerint*, secunda limitatio in diuisione facienda rei communis, prouocante socio, vt *in §. si communis res*, hęc sunt duæ exceptiones, quæ excipiuntur à regula de non alienando. Succedunt duo aliæ dispositiones, vna *in §. si defunctus*, & altera *in d. §. si minor*, confirmatæ cum dicta principali dispositione *in d. l. 1.* & sunt in causa argumenti illius textus dispositionis; nempè prima, id ampliùs esse, quod non per hoc, quod defunctus paratam habeat intentionem distrahēdi res stabiles, ergo eadem parata voluntas post eius mortem continuatur in successorem, ex quo id totum contrariū est, quia etsi ipse voluerit vēditionē fieri ex sua volūtate, & industria, nō sic putauit, vt fieri valeat per eius hæredem minorem, nisi expressè id dixisset, ad dispositą *in d. l. 1.* secundo etiam illud magis esse, quàm sit in dispositione, *dicta l. 1.* nempè vt non solum ex interuallo bona minoris distrahi prohibeatur, sed etiam si incontinenti in eius cōtractu, pactum aliquod cautum habens distrahendi, vel pignorandi prohibeatur, aliàs si augumentatiuè alloquutus non fuisset Cæsar *in d. §. si minor*, & dixisset idem quod *in d. l. 1.* dixerat, multiplicauisset entia absque necessitate, & dispositio *in d. §. fin.* deseruiret de vento tanquam inanis, & vacua.

31 Proindè omninò dicendum, & absq; scrupulo affirmandum, Imperatorem Cæsarem orasse pro totali rei minoris distractionis prohibitione, in qua si non includerentur, quæ per venditionem, & dominij traditionem acquiruntur minori: cùm is acquirere, & non perdere possit, fuisset orationis dispositio manca, & diminuta, tanquàm non occurrēs omnibus casibus alienationis, & pignorationis. Et in bona, & speculatiua oratione tanti Cæsaris, dignum fuit excogitare hunc peregrinum, & singularem casum: Edoctus Cæsar à principijs naturalibus, quod scilicèt contraria non possunt existere in eodem subiecto, & instanti, & quod detur in bono ordine, quem ignorarunt interpretes, & Pragmatici contrarium tenentes, priùs, & posteriùs contrariorum, nempè quod eodem in instanti sint incompatibilia acquirere, & perdere, sed necessè est, vt in diuersis instantibus, & subiectis diuidantur acquisitio, & perditio, in primo scilicèt instanti fiat acquisitio, in secūdo verò

verò perditio: cùm perdere supponat acquisitionem, aliàs si in eodem instanti daretur acquisitio, & perditio, diceremus, quod etiam in eodem instanti daretur mors, & vita, quod abhorret ordo naturæ. Vndè necessè est facere, vt priùs minor acquirat, & postmodum alienet, sed in primo actu acquisitionis nullum considerari potest contrarium inficiens, alias non acquireret, sed distraheret minor, igitur necessario fatendum est similitèr, vt detur totum primũ periodum, & subiectum, in quo totalitèr possit requiri distinctum, in quo postmodum distrahitur, vt benè dixit *D. Præses Merlin. contr. forens. cap. 36. cent. 2. sub num.* 8. quem non intellexit *D. de Luca* quãdo gratis, tàm eius solidissima principia, absque aliqua euacuatione, & responsione respuit; alias confunderentur principia actionum, quæ fiunt in tempore si omnia fieri possent in instanti, perturbato ordine actionum, quæ debẽt esse compatibiles, vt stare possint eodẽ in subiecto, prout venditio, & emptio, locatio, & conductio, & aliæ symbolæ, quarum vna data conceditur, & altera, vt etiam donationes ad inuicem, & omnes alij actus correspectiui compatibiles: non vero incompatibiles, vt contractus, & distractus: nàm eo ipso, quod vis dicere distractum necessè est, vt consideres præcessisse contractum, alias distractus esset necessario absque eius subiecto contractus, quod non dicendum, vt probabimus hic *in vlt. cap.* vbi agemus de simbolis contractu, & distractu.

Ex quibus benè fundatis principijs resoluimus cùm *Antonio Fabro de error. pragm. decade* 4. *err.* 8. *in nostro tract. de assistentia q.* 14. *in fine*, constitutum nullatenùs operari posse in bonis futuris obligatis, ex quo constitutum illud, nullum tẽpus habile inueniet, in quo operari possit, & si simul, & semel in contractu obligationis appositum sit: non per prius, quo fuerit acquisitum dominium rei acquirendæ debitori, quia tùnc nullum subiectum inueniet in quo possit operari; non per posteriùs, post quæsitũ dominium, quia tùnc nouissimè accedens, non potest illudque dominium trãsferre, prout ex tùnc, sed benè prout ex nùnc, quare hoc, quia ratione incõpatibilitatis acquirere, & perdere, necessè est, vt distent in tempore: sic diximus de pacto de retrouendendo, per quæ omnia annihilantur excogitationes Doctorum contrarium tenentium, & signantèr *Gait. loco cit. sub num.* 371. in quibus nec obstat constitutum ab ipso non rectè excogitatum, ex quo etiam eodem in tempore repugnat in subiecta materia: sed etiam regulari debet per posteriùs, vt mox suprà diximus, quibus benè præcognitis per oratorem Cæsarem, nè aliàs turpitèr ignoraret ea, in quibus oraret; deuenit ad declarationem ad eius regulam prohibitiuam Tutoribus, & Curatoribus ne alienarent stabilia minoris absque decreto Iudicis vt *in d. l.* 1. vt ea habeat etiam locum si minor 25. annis emerit, & simul, & semel obligauerit rem emptam venditori, quoad pretium soluatur, assignando duo extrema, primum in dominio iam quæsito in primo instanti, & secundùm principium hypothecæ rei iam quæsitæ, ibi *dominium est quæsitum*, ecce extremum à quo, alterum ibi, *cæpit non posse obligari*, ecce aliud extremum ad quẽ,
32 per verbum *cæpit*, quod continuat actum contrarium in esse sui ipsius contrarij, vt de Diuo Petro dicitur *Marci* 14. & is ibi, *& statim Gallus iterum cantauit, & recordatus est Petrus verbum, quod dixerat ei Iesus: Priusquam Gallus cantet, ter me negabis, & cæpit flere*, non ne actus negationis D. Petri fuit in instanti cùm eius fletu, sic probat *Sacer Textus*, desinit negare *D. Petrus*, & incipit flere, & sic continuauit actum contrarium pœnitentiæ Petrus contra actũ negationis subito, vbi *statim*, hic, incõtinenti, ergo possunt dici illi duo actus contrarij Petri, non habuisse per priùs, & per posteriùs, licèt instantanei, nequaquã, quia per priùs fuit actus negationis, & per posteriùs actus magis cõformatiuus cùm fletu, desinit *Petrus* contrahere cum negatione, & cæpit ardentiùs eamdem negationem distrahere cùm fletu, & ideò cæpit flere, vt continuo fleret, sic cæpit non posse obligari, vt continuo non obligetur.

Igitur si ab omnibus rationibus est

cit-

circumuallata oratio Diui Seueri cur ardua, irrationabilis, et ad alios casus non extendibilis? nisi quia passiones animi, siuè vt magis probē, malus genius sic in contrarium suadeant contrà, et præter iuris dispositionem, et rationem, et si dura videatur hæc lex venditori, maius durum ipse agnoscat infortuniū ex sua voluntate, qua motus ad sic contrahendum, sibi imputatur, cur contrà legis dispositionem contraxerat, et alitèr sibi non cauerit, quàm dę nuda hypotheca, vt de pacto de retrouendendo diximus *in d. nostro tract. de assist. q. 17. num. 10. in fine*, et sic dignoscite, si benè dixerat *D. Hieronymus Calà* dignissimus M. C. V. Iudex *in tract. de restit. in integr. nupèr edit q. 5.* qui defendēdo opinionem communem, quam vocat contrariam, sequutam postremo ab *Olea*, maximè ex illo malo principio, quod priùs obligatur res empta, et postmodū cum eodem nexu pertransit ad minorē emptorem affirmando, terminos esse contra iuris regulas, quando obligatio nunquam datur in rebus adhùc non obliganti quæsitis, et si non quæsitis, tanquam adhuc existentibus penès dominum, nèc in rebus proprijs hypotheca, et sic duplex error, et inconueniens, et miror cur non citauerat tantum virum suum Auunculum, *q. Reg. Merlin.* vel vt ipsum argueret pro maiori veritatis gloria, vel vt eundem defenderet pro eius veritate inculcata.

Non puto talem acerbissimam quæstionem esse in commodato rei minoris, et si commodatum reuocari possit per ipsum ope restitutionis in integrū, vt suo loco dicemus, quia, et per ipsum, et per Tutorem, siuè Curatorem benè commodari ex gratuito officio, quod omnibus conuenit, possit, maximè, quia commodatum nullam speciem alienationis in se habet: cùm tàm dominium, quàm possessio rei commodatæ semper remaneant penès commodantem, transiens in commodatarium commodum vsus rei dumtaxàt, *l. rei commodatæ, ff. commod.* quia maius est minori præiudicium alienare cùm causa, quàm commodare absque causa, ex quo alienando cùm causa perdit alienatum, et cōmodando absque causa non perdit cōmodatum, sed minor, et si prohibitus alienare potest donare ob merita absq; decreto. *Roman. in l. si ante nupt. ff. solut. matr. Abb. in cap. per tuas vers. in gl. 1. in fine col. 2. de donat. Ias. in l. ex hoc iure.* In octauo effectu donationis, *ff. de iust. & iure Decian. responso 27. n. 27. vol. 3.* ergo eo magis commodare, dummodo non recipiat mercedem, quia tùnc non essēt ampliùs commodatum, sed symbolizaretur in locationem, vt perbellè apud *Scacciam de commercio, & cambio §. 1. qu. 7. par. 1. num 70. vers. confirmatur hæc solutio*, et tùnc secūdū unam opinionē, nisi ad longum tempus locauerit; licèt secundùm nos *tit. 3. cap. 3. n. 13. & seq.* adhùc dicatur locatio ad longum tempus non habere in se speciem alienationis, et sic concludās non dari symbolum in hoc casu intèr commodatum, et pignus: nisi in restitutione in integrum quoad vtrumque, vt suo dicemus loco.

35 Benè se offert, et aliud symbolum intèr commodatum, et pignus, quod sicuti commodatum, ante vsum expletum reuocari non potest, quia intèr dantem, et suscipientem hæc mutua interceditur obligatio, *l. in commodato, §. sicut, ff. eod. l. 2. C. eod. cap. 1. de commodato Dec. in l. contractus n. 28. de reg. iur. Bart. in l. sicut certo, §. idemque, ff. commodati, Mantica dicto tit. 1. num.* 8. et ideo debet mutuans probare vsum expletum, quē constituit *d. l. 2. C. eod.* et in hoc differt commodatum à deposito, quia depositum potest arbitrio deponentis reuocari, et repeti, *l. 1. §. pen. ff. deposit. cap. fin. §. fin. de deposito*, et si appositum sit pactū de non reuocando, *l. 1. §. si sic deposuero, ff. eod.* prout etiam differt à præcario, *l. 1. & l. cùm precario, & l. habet, ff. de pręcar. d. cap. fin. de precario*, dummodò ex illicò reuocato præcario aliquod damnum non inferatur ei, qui pręcarium accepit, vt diximus *in tract. de assistentia qu. 21. num. 6. vers. 1. notet.*

36 Sic dices in pignore: nàm neque pignus repeti, vel reuocari potest per debitorem, nisi impleta solutione sui debiti proptèr quod pignus fuit creditori traditum, et est vnus modus dissoluendi pignus, prout etiam dissoluitur, non

tantùm solutione, ac etiam compensatione, pacto, liberatione, acceptilatione, nouatione, delegatione, præscriptione, adiudicatione, remissione, et similibus, de quibus apud *Neguſ. de pign. par. 6. per tot. Balduin. eod. tract. c. 20. per tot. Mant. de tacit. lib. 11. tit. 31. per tot. Gait. de credito d. cap. 4. q. 12. per tot.* apud quos videre poteris materiam eiusmodi absolutam cùm suis ampliationibus, limitationibus, et declarationibus, quos sufficiat allegasse: cùm nostrum institutum sit non tractare de vulgaribus, sed de symbolicis contractibus dumtaxàt, licèt *in vlt. cap.* egemus de symbolicis contractibus, et distractibus Deo fauente, & quando pignus resolutum pro vno debito possit retineri pro alio, vide *Neguſ. de pign. membro 1. par. 5. num. 41.*

37 Rursùs etiam symbolum intèr commodatum, et pignus, quod quemadmodùm in commodato, contrà quē accipit commodatum, duplex oritur obligatio, quorum vna dicitur principalis, altera secundaria, principalis est ad restitutionem rei commodatæ, *l. 1. §. is quoque et princ. ff. de act. & oblig. & l. in princ. ff. si cert. petat. & §. item instit. quib. mod. re contrah. oblig.* ius enim naturale impellit, vt restituatur res commodata *cap. ius naturale 1. dist.* quæ restitutio non potest retardari ex prætextu debiti, *l. vlt. C. eodem*, nisi commodatarius impensas fecerit in re commodata, vel nisi is, qui commodauit ad aliquam quantitatem, vt per *gl. in d. l. fin.* aliàs res commodata omninò cùm fructibus restituenda *l. videamus, §. si possessorem, ff. de vsur.*

38 Secundaria itidem obligatio dicitur, quæ ratione doli, & culpæ contrahitur, secundum distinctionem, *d. l. si vt certo, §. nunc videndum cùm gl. in verbo plerumque, ff. eod.* & de vtraque obligatione loquitur *d. l. si vt certo, §. si duobus verſ. adeo*, quod si res in rerum natura esse desierit, per dolum, vel culpam commodatarij ad integram eius existimationem is condemnari debet *d. l. in commodato, §. vlt. ff. eod.*

39 Similitèr in pignore in eum, qui accipit pignus, duæ obligationes exoriūtur, quarum vna etiam dicitur principalis, altera similitèr secundaria. Principalis datur ad restitutionem pignoris iàm distracti, & resoluti ex modis, vel ab vno eorum, de quibus mox suprà, tùnc ex ea nascitur actio pignoratitia directa competens debitori contrà creditorem pro repetitione pignoris, facta solutione eius, in cuius pignoris gratia traditum est *l. petenti, & l. si rem alienam, §. omnia, ff. de pign. act. l. pignoris causa, ff. eod.*

Secundaria pro damno reparando, si pignus deterius factum fuerit redditū, *l. 2. & l. creditor qui fundos, C. de pign. act. l. elegantèr, §. fin. ff. eod.* vel si creditor pignus vendiderit, & pretium exceptum de bitum excedat: cùm sicuti in cōmodato, sic etiā in pignore actio doli, culpæ, & custodiæ, (dūmodò in vtroq; vis maiorū nō veniat,) nec alia, quā ea, quā diligens Paterfam. in rebus suis præstare solet, *l. si non venderet, §. fin. & l. ea igitur, ff. de pign. act. l. sicut vim, C. de pign.* quia, & si à creditore detineatur pignus, tamen in dominio debitoris est, & illi regularitèr perit, *l. pignus in bonis, C. de pign. l. quis sit fugitiuus, §. pignora, ff. de edilit. edict.* & sicuti sine dolo, & culpa creditoris, interitus, & decrementum accidens debitoris est, ità augumentum, siuè incrementum, *l. si inter, §. quicquid. ff. de pign.*

Itèm sicuti in cōmodato datur actio directa, contrária, & vtilis, directa quæ competit commodanti contrà commodatarium, qui rogauit vt ea restituatur, si deterior facta non sit, alioquin restituta non videtur, quæ pertinet ad hanc actionem: nisi id quod interest præstetur, vt *in l. 3. §. habitatio, ff. commodati, & l. eū à Iudice, ff. de Iudic.* refert, vt restituātur fructus rei commodatæ, veluti pullus equam commodatam insequens, *l. si vt certo, §. vſq; adeo ff. cōmod.* aut seruus cùm lange, & de cæteris, de quibus apud *Tholoſ. lib. 23.* & nos suprà etiam diximus.

40 Contraria actio datur commodatario, quanquam enim is, ea quæ contrario iudicio à commodante consequi possit per compensationem, & rei retētionem. Tamēn quia Iudex compensationis semper rationem non habet, aut aliquando res perijt, & ità de restituen-

da

da re cùm eo non agatur, aut sine Iudice restituta est, dicendùm necessariam esse contrariam actionem, *l. in rebus in fine, ff. commod.* per quam consequitur quanti sua interest ex restitutione rei, & sine principali eam producere poterit, *l. in commodato* §. 1. *ff. eod.* vt si vsu nõ completo, & ante tempus rem commodatam commodans repetat: cùm non decipi beneficio, sed iuuari intersit nostra, *l. in commodato* §. 1. *ff. eod. cap. in reb.* §. *fin. de commod.*

Insuper si sciens quis vitiosam rem, ex qua damnum illatũ est, inscio cõmodatario, commodauerit, vt si praua dolia, vel vasa, in qua infusum vinum, vel oleum, effusa, vel deguastata fuit: tunc eo nomine condemnandus est commodans, *l. in rebus,* §. *item qui & d. l. in commodato,* §. *sicut, ff. eod.*

Rursùs si cõmodatarius graues impensas in seruum commodatum interdum fecerit, vel ad inquisitionem fugitiui, (exceptis modicis, et in quotidiana alimenta factis,) illæ etiam ad eum, qui vtitur pertinẽt, *d. l. in rebus,* §. *possunt, & l. item si serui,* §. *fin. ff. de edilit. edict. l. diuortio,* §. *fin. ff. solut. matr.* & de alijs, de quibus etiam apud *Tholos. loco cit. sub num.* 14. *qui num.* 15. assignat etiam vtilem actionem directam, & contrariam.

41 Talitèr dicendum in pignore, in quo datur actio, directa, contraria, & vtilis, de directa diximus supra, quæ competit debitori aduersùs creditorem, pro restitutione pignoris distracti. Contraria verò hypothecaria agit creditor contra debitorem pignoratitium pluribus alijs modis. Primò si debitor quasi soluturus pignus obtulerit, quia tùnc hac actione contraria tenebitur debitor, & de dolo, ad exhibendum, & furti, *l. 3. ff. de pign. act.* Secundo, vt si debitor deceperit creditorem in pignore, agetur contraria, in qua veniet quanti interest non esse deceptum, *l. si in pignore contrahendo, ff. de fideiuss.* Tertio si debitor rem alienam sciens, & prudens in pignus creditori tradiderit, tenetur tũc etiam actione stellionatus *d. l. Tutor* §. 1. *l. si quis in pign. ff. de pign. act. l. fin. ff. de crim. stell.* & sic debitor tali contraria actione tenetur, quotiescumq; alio modo in pignore versatus fuerit, *l. quæ res, ff. de pign. act.* vt possit creditor omissa pignoris persecutione, agere contra debitorem actione personali, nisi res obligata ab alio tertio possideatur, tũc enim fieri debet discussio: primo contrà principalem obligatum, actione personali, & postmodũm contrà tertium hypothecaria agere, vt diximus in nostro *tract. de assist. quæst.* 28. *in princ.* Imò non tantùm excutiendus debitor principalis, sed etiam eius fideiussor, vt *ibi* diximus: & affirmauit etiam *Tholos. d. lib.* 13. *cap.* 10. *num.* 9. si debitor deteriùs pignus fecit dolo malo, quia tùnc tenebitur quãti interest creditori, vt si corruperit seruũ pignoratum, vt suprà diximus: si post distractum pignus debitor, qui præcario rogauit, vel conduxit pignoris possessionẽ non restituat contraria actione ad id tenetur, *l. pignore,* §. *si post, ff. eod. tit. de pign. act.* si debitor scientèr, & ignorante creditore furem seruum pignori dederit, propter furtum commissum à seruo pignorato, aget creditor pignoratitia contraria contrà Dominum pignorantem, aut vt damnum resarciat, aut pro noxæ redditione hominem retineret, *l. si seruus pignori, ff. de pign. act. l. si seruus communis,* §. *his etiam, ff. de furt.* Si creditor expensam in rem, vel ob rem pignori datam fecerit, hac actione recuperat à debitore, *l. necessarias, d. l. si seruus, ff. de pign. act. d. l. creditor, C. eod.* quia expensæ summam debiti principalis augent, *l. in sũma, C. de pign.*

42 Actio vtilis datur, quando res aliena obligatur scienti, tùnc cessat actio directa, vel contraria, sed ex æquitate vtilis directa cõceditur, *l. 1. in princ. ff. de pign.* datur & ei, qui rem pignori obligatam pignori accepit, *d. l. grecè,* §. *cũ pign. eod. tit. de pign.* Item actio vtilis cõtraria datur contra eum qui rem alienam sciens, prudensque obligauit, quæ posteà eius facta est, *l. cùm res, C. si alien. res pign. dat. sit.*

43 Accedat, & aliud symbolum intèr commodatum, & pignus: nàm si quis alicui commodauerit ad pignorandum erit tùnc dubio procul commodatum, & non pignus, quia ad certum vsum res

Ooo 2 com-

commodata fuit concessa, & resoluto pignore, repeti potest, *l. interdum, ff. commodati*, quod procedit, non tantùm si res commodetur à non debitore, sed etiam si à debitore commodetur creditori, vt alteri possit pignorare, quia tùnc non soluto debito ipsi creditori poterit debitor agere contra creditorē, vt restituat rem, si creditor iam reluit ab eo, cui pignorauit, si tamen adhùc non reluit potest agere, vt reluat, & restituat, *l. petenti, ff. de pign. act. Mantica loco cit. sub num. 7. Neguf. de pign. membro 2. par. 7. sub n. 13. vers. octauo amplia*, & competit hic actio ad exhibendum, & præscriptis verbis, vel commodati, vt *per gl. & communitèr Doct. in d. l. petenti.*

Sic etiam, sicuti commodatum, vt alteri commodet non est commodatum, quia non est gratuitum, & proinde agitur præscriptis verbis, *l. si gratuit. §. si cū vnum, ff. de præscript. verb.* prout etiam affirmandum est, si quis alicui bouem commodauerit, vt commodet sibi equū *l. si tibi rem §. 1. ff. eod. Ripa in l. 2. in princ. num. 17. ff. si cert. petat.* & sic concludo. Quod sicut res propria sibi ipsi commodari non potest commodans, *l. qui rem, ff. depositi, l. neque pignus, ff. de reg. iur.* sic etiam & pignus in re propria creditoris consistere non potest, vt suprà diximus.

ARGVMENTVM.

Mutuum, & pignus, in quo sint symbola.

SVMMARIVM.

1 *MVtuum à voluntate, pignus à necessitate proficiscuntur.*

2 *Mutuum non eadem specie restituitur, sed aliena eiusdem generis, pignus verò eadem in specie num. 3.*

4 *Mutuum vt datur, de meo fit tuum.*

5 *Mutui interitus ad mutuatarium pertinet, pignoris verò ad debitorem n. 6.*

7 *Mutuum triplex naturale, ciuile, & mixtum, & qualia.*

8 *Pignus naturale, ciuile, & mixtum, & qualia.*

9 *Mutuum, & pignus in re propria consistere debent.*

10 *Administratores Reipublicæ sicuti res publicas mutuare non possunt, sic nèc etiam pignorare num. 11.*

Nec etiam Prælatus num. 12.

13 *Mutuari, nec pignorari furioso potest.*

14 *Populo nec pignorari, nec mutuari potest.*

15 *Minorem fuisse factum locupletiorem, cui incumbat onus probandi, & traditur praxis num. 16.*

17 *Restitutio in integrum an detur minori in mutuo, & pignore num. 18.*

19 *Filiusfamilias nec dare, nec suscipere potest mutuum, & pignus.*

20 *Mutuum, & pignus sunt symbola in conditionis euentu.*

21 *Mutuum, & pignus sunt symbola in peculio Castrensi, vel quasi filij familias.*

22 *Mutuum, & pignus sunt symbola in constitutione, obligatione, & repetitione, & num. 23.*

24 *Mutuum consistere non potest in rebus, quę non sunt in nostro commercio, & prohibitis alienari nu. 25. & 26. prout nec pignus num. 27. & 28.*

29 *Mutui datio sicuti fit in gratia vtriusq; sic, & pignus.*

CAP. VII.

MVtuum vt iam diximus hic *cap. 1. in princ.* adinuentum fuit pro occurrendis necessitatibus proximi, & ex voluntate mutuantis proficiscitur: nàm aliàs si per errorem, & prætèr contrahētis intentionem fiat solutio, re ipsa contrahitur etiam obligatio, sed non mutuū, quia neque ex voluntate, neque ex conuentione nascitur, ex quo soluens per errorem, non animum contrahendi, sed distrahendi magis habere dignoscitur, & prætèr id quod agitur, tacita nascitur obligatio, *l. si is qui §. vlt. in fine ff. commod. & §. is quoque instit. eod. tit.* & pignus nisi antecesserit contractus mutui,

tui, nequaquàm fuiſſet adinuentum, ex eo, quia pignus pro firmitate, & aſſecuratione crediti ob contumaciam debitoris non ſoluentis prodijt in lucem, vt diximus ſuprà *in præcedenti cap.* & in
1 hoc differunt mutuum, & pignus, quia mutuum à liberalitate dantis proficiſcitur, pignus verò à voluntate non ſoluentis originem habuit.
2 Differt etiam mutuum à pignore, quia in mutuo non eadem ſpecies reſtituitur, ſed aliena eiuſdem generis, & qualitatis, *l. 1. §. 1. ff. de act. & oblig. & inſtit. quib. mod. re contrah. oblig. in princ.* ſecũdum declarationem deſuper per nos
3 ſupra. Pignus verò, eadem in ſpecie, reſtituendum eſt debitori, cùm ei aliud pro alio reſtitui non poteſt. Inſuper pignus differt à mutuo, quia dato pignore, nõ transfertur dominiũ rei pignoratæ in creditorem, dato verò mutuo, benè transfertur dominium rei mutuatæ in mutuatarium, ex quo mutui propria eſſentia eſt, vt de meo fiat tuum, *l. 2. §. appellata, ff. ſi cert. petat.* ex quo ſequitur, quod ſi de meo tuum non fiat mutuum dici non poſſit, nec ex ea obligatio na-
4 ſcitur; quod probes dùm datur, *§. 1. inſtit. quib. mod. re contrah. oblig.*
5 Itèm differt mutuum à pignore, quia in mutuo interitus rei mutuatæ ad mutuatarium, non ad mutuantem ſpectat, *l. rogaſti, & l. ſi quis nec cauſam, & l. certi conditio, §. fin. ff. de reb. credit. §. itèm is cui. inſtit. quib. modis re contrah. oblig.*
6 In pignore aliud eſt, quia interitus rei pignoratæ ad debitorem non ad creditorem, qui rem pignoratam ſuſcepit ſpectat, *l. 1. §. is quoque, ff. de act. & oblig. §. fin. inſtit. cod. tit. quib. mod. l. quæ fortuitis, & l. ſi nulla culpa, ff. de pign. act.* & ſi talia, & ſimilia intercedant diſcrimina inter mutuum, & pignus tamen in multis ſunt ſymbola; &

Primum eſt ſymbolum inter mutuũ, & pignus, quod ſicuti mutuum ſecundũ
7 aliquos triplex eſt, naturale, ciuile, & mixtum. Dicitur mutuum naturale quemadmodùm pecunia à me tibi ità datur, vt tua fiat *d. l. 2. §. appellata, ff. ſi cert. petat.* & cù hoc mutuum in ſua natura reperiatur, aliquo alio iuris adminiculo non eget, dixit *Mantica d. lib. 8. tit. 2. num. 2.*

Ciuile mutuum ſimplicitèr appellatur: cùm quis ex chirographo, quo confitetur ſe mutuam pecuniam accepiſſe, biennio tranſacto obligatur, tùnc enim præſumitur pecunia numerata, quia certi condictio, quæ oritur exceptione non numeratæ pecuniæ ex legis diſpoſitione non poteſt ſubmoueri, *l. in contract. ff. de non numerat. pecun. & inſtit. de liter. oblig.*, & proindè eo in caſu non propriè oritur ex mutuo obligatio, ſed ex literarum contractu proptèr mutuũ *l. non vltra, ff. de non numer. pecun.* & hoc dicitur ſecundùm etiam alios, mutuum fictum, & conditionatum, *Bald. in l. qui abſentis num. 10. in fine C. eod. tit. ſi cert. petat. Cephal. conſ. 603. n. 43. & ſeq.*

Vndè inferas, quod ſi Notarius, qui mutui inſtrumentum fecit in eo ſcripſerit, quod Titius præſentialitèr, & manualitèr pecuniam creditam accepit à mutuante, teſtes verò inſtrumentarij negant pecuniam eſſe numeratam, nec minus in contractu interueniſſe, quod in hoc, inſtrumentum non ſit falſum, aſſerit Notarius de mutuo naturali, & teſtes de mutuo ciuili, quæ ſunt ſymbola elapſo biennio, & ſic è contrà, quia in eodem mutui ſubiecto non ſunt cõtrarij, ex quo omnes népè Notarius, & teſtes teſtãtur de mutuo, teſtantur diuerſi circa formam contracti mutui, *Pract. Papienſ. in forma libelli pro tut. hypothecaria in verbo ciuile mutuum Doct.* communitèr *in l. ſingularia, ff. de reb. credit. Paul. de Caſtro conſ. 186. num. 5. vol. 1.* quia verbum illud *præſentialitèr & manualitèr* poteſt intelligi fictè: cùm non probet hoc eſſe, quod aliquando contingit abeſſe, *l. cùm hac, C. vndè cogn. l. neque naturales, ff. de probat.* quamuis in contraria ſententia ſtet, *Bald. in l. ità ſtipulatus, §. Chryſogonus, ff. de verb. obligat.* ea ratione, quia verba dubia referenda ſunt ad tempus inſtrumenti, quando actus eſt eius naturæ, vt ea de quibus meminit poſſint interuenire, & ſi verbis illis, confeſſus ſit ſe recepiſſe, quæ ſunt præteriti temporis, vt præſumantur potiùs præceſſiſſe numerationem, quàm præſentem fuiſſe, *l. Aurelius, §. Titio Seio, ff. de lib. leg at.*

Sed veriùs eſt, vt nunquam intelliga-
tur

tionem ad regulam præfatam in casu, quo incontinenti, & eodem contractu fuisset apposita; esset vtique illud superfluum, tanquam comprehensa limitatio in regula ipsa à contrario sensu: nàm quid esset dicere non valere obligationem factam ex interuallo, & in diuerso contractu, nisi quod à contrario sensu tenent, si incontinenti, & in eodem contractu ad hoc, vt superfluitas euitetur.

Quapropter ex his, & alijs concludit *Barbatus in vers. sic itaque*, quod sicuti malè interpretati fuerunt supracitati Doctores *d.§.si minor*, iuncta *l.2.* vt ipse *Gaitus* fatetur, sic etiam, & ipse *Gaitus* pessimè incidit in maiorem errorē.

25 Et proindè suum germanum intellectum eligendo *Barbatus* ad interpretationem eiusmodi difficultatis, comprobat excogitata per *Barbosam in l. si constante num. 124. vers. neque obstant, ff. solut. matr.* subdens de sui mēte, quod siuè præcedat, siuè simul cùm venditione intercedat, quia non potest illud verificari, nisi præcesserit translatio dominij, & sic post quæsitum à minore dominium non haberet pactum illud, extremum habile ad operādum pignus, quia dominus, & possessor, pignus constituere non potest; prout nos etiam diximus in præcedenti capitulo, & ex quo potest vnico actu, & dominium, & hypotheca contrahi ordine successiuo, ergo:

26 Verum stringendo fimbrias *Barbatus noster* ad eruendam duritiem, quam aliqui asserunt esse *in dicto §. fin.* reportat se ad historiam *Ioannis Vulfranci Tremony in sua Symphonia Iuris Cronologica*, & dicit (teste illo) *Vlpianum* fuisse contemporaneum *Pauli I.C.* & *Alexādri Seueri Cæsaris*. *Vlpianus* enim extitit primum Tutor, deindè Consiliarius dicti Alexandri Seueri, & rursùs eodem Cæsare Præfectus Prætorio sub anno Christi 230. aliàs extitit idem *Vlpianus* assessor Papiniani Præfecti Prætorio, vna cùm eodem Paulo authore *d.l.2.ff. de reb. cor.* qui Paulus extitit Consiliarius eiusdem Alexandri Seueri; ex qua historia excipit *Barbatus* dispositionem *dicti §. si minor* non esse *Vlpiani*, licèt ipsius sit nomen, sed benè eiusdem Imperatoris Seueri, vt ipse itidem *Vlpianus* fatetur, ibi *Imperatoris Seueri oratione*, & agit de totali prohibitione, de qua in toto *tit. de reb. eorum, qui sub tutela, vel cura sunt sine decreto non alienandis, vel supponendis.*

Et sic ponderat *Barbatus* pro facti specie *in d.§. si minor*, perorasse Diuum Seuerum Imperatorem in oratione recitata in Senatu, multa circa prohibitionem alienationis, ac suppositionem, & pignoris constitutionem rerum minoris, statuisseque minorem 25. annis prædia ementem, vt quoad pretium solueretur, eamdem rem pignori supponi non posse, quia, *vbi dominium quæsitum est minori, capit non posse obligari*, post iuris dispositionem determinationemque in peroratione stabilitam, subsequitùr mox Paulus, & dignoscens nimis durā cuique apparere dispositionem Imperatoris in dicta sua oratione in dicto casu *d.§. si minor*, quoad minorem emētem cum pacto præfato, vt quo ad pretium solueretur, res illa empta, esset pignori obligata, & duritiem detegendo supponit difficultatem, siuè dubium, quoad dubitandum circa illam inducitur, prout apparet *in d.l. 2.* cuius Pauli difficultas taliter per ipsum explicatur, *quia cùm dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit*, quasi dicat, quia cùm dominio pignus quæsitum est, contrarium vtique videretur respōdendum, fore scilicèt pactum omninò seruandum, eo quod tali lege conuenerunt: nàm aliàs forsitan non contraxissent.

Quibus non obstantibus distinguit *Paulus*, an quæstio incidit cùm fisco, an verò cùm Priuato, & primo casu si cùm Fisco, vt puta quia fiscus vendiderit, cōcludit nullam esse dubitationem, quin ius pignoris saluū sit, ex eo quia Fiscus habet de iure tacitam hypothecam *l. 2. C. in quib. caus. tacit. hypoth. contrah.* quæ tacita hypotheca est de causa, vt ius pignoris saluum sit; quemadmodum etiam in terminis *l.3. ff. eod. tit. de reb. cor.* in quo fauore alterius minoris obligatur fundus minoris absque decreto, & sic priuilegiatus vtitur priuilegio contrà pri-

priuilegiatum, vt *gl. inibi* in verbo ius pignoris. In secundo vero casu, qui est propriè ille, de quo in dicta oratione Diui Seueri relata *in d. §. si minor* concludit idemet, quod edixerat Seuerus Cæsar in dicta sua oratione, & quod iste sit verus, germanusque intellectus illorum iurium concludit *Barbatus*.

27 Cuius effectum assignat *sub num. 99.* resultantem ex eiusmodi resolutione, quod tametsi non priuetur venditor iure suo, & consequentèr possit recuperare pretium rei venditæ à minore emptore, qui factus est locupletior ex dicta venditione *ad text. in l. si id quod, §. fin. in fine, ff. de rescind. vendit.* cùm cōcordantibus inibi per ipsum, tamen ex quo non contrahitur hypotheca per obligationem dicti minoris, non præfertur super re illa pro pretio anterioribus creditoribus hypothecam habentibus.

Contra cuius *Barbati* dicta, velocitèr insurrexit *Gaitus in vlt. appendice sub num. 293. & seq.* & defendendo suam exceptionem *num* 300. substinet exceptionem ab ipso depromptam, à iuribus prædictis satis esse de regula, cuius natura est, vt idem alloquatur, quod dicitur in regula, & contrarium ex illius terminis probare valeat, allegat post alios *Eucrard. in sua Topica* in loco ab exceptione ad regulam, vers. *secundo istud argumentum formatur*.

Quàm exceptionem nescio quomodo poterat saluare *Gaitus* ex illis tribus assignatis temporibus contrahendi, vt *num.* 318. *& seq.* maximè quia omnia comprobare ausus fuit *sub num.* 340. ex facultate illa, quam dicit habere venditorem de dominio sibi reseruando, quoadhuc soluatur pretium, quando facultas illa ex magis communi, & recepta opinione nō conferat venditori, nisi nudam hypothecam super re vendita cùm illo pacto, vt post omnes fatetur *D. Consil. Hodierna ad Surd. decis.* 157. nèc est verum quod subdit *Gaitus sub num.* 343. quod si scilicet non seruetur dominium adhùc tale dominium translatum in minorem emptorem est reuocabile, eo quod ex pactis in instrumento venditionis adiectis, & signantèr ob hypothecam specialitèr appositam, si pretium non soluatur dominium commutari, & reuocari potest, quia cū effectu longè aberrauit in hoc *Gait.* quia pactum illud non est de substantia emptionis, & venditionis, sed incidit dumtaxàt in contractū, vndè si nō seruetur, non inficit contractui cùm alia detur actio ad pactum seruandum, vt in casu nostro, non ex empto, & vendito, sed hypothecaria, vt probauimus supra *tit. 1. cap. 3. à n. 72. ex l. ex conditione C. de rescind. vendit.*

Nec obstat *text. in l. cùm te fundum* etiam per nos inibi allegatus, quia *text.* ille loquitur de pacto, quod dat causam finalem contractui, vt explicauimus inibi *num.* 56. hypothecaria contenta in venditione non est causa finalis illius contractus, sed cōsecutionis pretij dumtaxàt, cui si adueniat pactum hypothecæ accidens est, vt infrà clariùs probabimus, nec allegata *decis. Afflict.* facit *ad Bombum*, quia inibi agebatur de euictione sequuta, per quàm benè reuocatur contractus, & datur hypothecaria super alijs bonis venditoris, quæ videntur supposita eueniente illo casu.

Et maior est error intolerabilis *Gaiti*, quando *sub num.* 348. affirmat ex decisis *per D. de Franch. in decis.* 369. venditionem, & hypothecam, & cætera pacta simul, & semel in contractu apposita non habere priùs, & posteriùs, omniaque in instāti, & promiscua operari; error est siquidē intolerabilis dignusq; non leui animaduersione: ex eo, quia in eodem subiecto, & constanti, nunquā stare possunt acquirere, & perdere, tanquàm contraria, sed omninò sunt assignanda distantia, & si minutissima temporum, in quorum primo fiat acquisitio, & in secundo perditio, vt plenè probauimus *in tract. de assist. quæst.* 14. *sub n.* 25. *in fine*; hypotheca præsertim ceù accidens in subiecto omninò quærit antecedens subiectum, cui inhæreat, & in hoc etiam deceptus fuit *D. de Luca dicta obser.* 369. *sub n.* 3. quia aliud est dicere pacta incontinenti apposita in cōtractu, vel statim sunt correspectiua, nempè vt vnum reguletur ab altero, & vno dempto auferetur, & aliud, vlteriùs in-

inquirere non dari etiam secundum naturam contractus, in eo priùs, & posteriùs, quia in primo casu conspicienda est compatibilitas cõtractuum, siue pactorum in eis appositorum, vt simul, & semel stare possint absq; vlla repugnãtia. In secundo casu inspiciendus est ordo instantium, in quo per priùs, & posteriùs stare possint pacta intèr se repugnantia, quandò nullatenùs considerari possunt simultaneè, tanquàm incompatibilia, vt mox dicemus pro conualidanda nostra nouissima opinione ad intellectum *dicti §. si minor*.

29 Quæ in hac subiecta materia ea est, prout; statuta est *in d. §. fin.* non quia id regulare sit, prout voluit *Barbatus nostro loco cit. sub num.* 98. *in fine*, & si tale esset, bene etiam affirmasset *Barbatus*, prout & nos etiam supra diximus *cit. cap. 1. sub n. 75. & seq. vsque ad num.* 89. ad intellectum *l. singularia, ff. si certum petat.* quæ dispositio tanquam singularis non extenditur ad alios casus, vt inibi probauimus sub *eod. num.* 89. prout in casu nostro præsupposuit *D. de Franch. d. decis.* 369. *num.* 9. & malè vt infrà demonstrabo. Nec etiam quia Diui Seueri fuit oratio, in qua lex illa fuit constabilita, declarata postmodum per *Paulum in subsequent. l. 2.* in quà realitèr nulla videtur inducta exceptio: nisi in casu Fisci dumtaxàt, qui fuit in causa declarationis factæ per Paulum, vt patet ad literam *in d. l. 2.* ex quo nihil ad rem historia, & si ingeniosè adducta à *Barbato*; ex eo, quia à nemine negatur legem secundam *Pauli*, fuisse promulgatam post *dictam legem primam, §. si minor* post Seueri completam orationem. Sed est dignoscenda dumtaxàt eius rationabilitas, quando incontinenti, & in principio contractus paciscitur per venditionem cùm minore emptore, de hypotheca eiusdem rei venditæ pro eius pretio consequendo, de quo habita fuit fides, ex quo qui alitèr senserunt, sunt proculdubio alloquuti contra expressum casum *legis, & si dua*, & tanquam contrà stimulum calcitrantes, nõ sunt audiendi, & si exercitus sit eorum numerus, & sexcentas adducant inanes rationes, vt diximus *in d. num.* 89.

30 Et quod *text. in d. §. si minor* loquatur de pacto incontinenti apposito, & de hypotheca in principio contractus stabilita, quo non obstante, sit etiam rationabilis, & omninò seruandus, eo quod magis ad alios casus symbolos extendendus, in nihilùm refragante dubio *D. de Franch.* aliorumque contrà sõniantium, patet ex vnica, & inuincibili ratione, quam desumo ex lectura totius illius legis, siuè *Diui Seueri* sit, siuè *Vlpiani*.

Aduertatur, quæso, quod oratione Diui Seueri, prohibiti sunt Tutores, & Curatores prædia rustica, & suburbana distrahere absque Iudicis decreto, vt excipitur ex illis verbis præceptiuis, ibi: *Prætereà Patres conscripti, interdicã Tutoribus, & Curatoribus, ne prædia rustica, & suburbana distrahant: nisi id, vt fieret parentes. Testamento, vel codicillis cauerint. Quod si fortè, æs alienum tantum erit, vt ex rebus cæteris non possit exolui: nunc Prętor Vrbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione existimet, quæ possint alienari, obligariuè debeant: manente pupilli actione, si posteà potuerit probare obreptum esse Prætori*. Respondeant Interpretes, quid in hoc primo periodo orationis Cæsar Seuerus statuerat, respondent absque dubio, prohibitionem Tutoribus, & Curatoribus distrahendi bona stabilia minoris, rectè, & id quod magis in subsidium stabilia minùs dãnosa, ibi, *quæ possint alienari*. Quid vlteriùs statuit etiam Cæsar Seuerus, illud magis, vt nullatenus Tutor, vel Curator distrahant, pignoratiuè bona stabilia minoris absque decreto Iudicis, ex sua religione inspicientis, tàm si incontinenti, quàm si ex interuallo constituãt pignus. Quid replicant: Negant si incõtinenti, quia id non exprimitur in textu. Ergo saltim (subdo ego) ex interuallo. Ità est affirmant isti in eorum opinione: benè. Sistemus in hoc.

Sequitur oratio Diui Seueri, & in alio eius periodo sic statuit. *Si communis res erit, & socius ad diuisionem prouocet, aut si Creditor, qui pignori agrum in parente pupilli accepit ius exequatur, nihil nouandum censeo*. Quid nùm intendit nouare Cæsar? id quod fieri potest

absque

absque decreto, dicit *gl. ibi lit. P. in verbo censeo*. Est nè aliud dispositiuum periodum in dicta oratione, secundùm *Accursium in d. verbo censeo lit. P.* dicitur, quod non, ibi, *hucusque sunt verba orationis*. Cætera duo perioda, seu §§. nēpè *qui defunctus*, & *si minor annis*, *cuius sint? Valfrancus Tramonius loco cit. per Barbatum* hoc non dicit, ergo historia est manca, forsitan *Vlpianus*, qui author est illius descriptę legis alios duos illos §§. addixit, sed non probat, quia §§. illi in continuato sermone sunt, igitur potiùs *Accursius* malè dixerat, quàm *Tramonius* incluserat, qui dicendo composuisse legem Cæsarem orando, intelligendus de totali legis dispositione cùm omnibus suis periodis, & explicationibus, aliàs dicerem orationem fuisse defectuosam, si omnia necessaria non prouidisset, quæ contingerunt dicenda in oratione illa, & proindè omninò affirmandum, duos illos alios §§. eiusdem orationis esse, qui sunt primus. *Qui defunctus dùm viueret res venales habuerit, testamento tamen non cauerit, vt distraherentur abstinendum erit à venditione: Non enim vtique quod ipse voluerit vendere, idem etiam posteà distrahendum putauit*. Secundus, *si minor vigintiquinque annis*, (& est textus quē explicamus) *emerit prædia, vt quoad pretium solueretur, essent pignori obligata venditori non puto pignus valere: Nàm vbi dominium quæsitum est minori, capit non posse obligari*. Nonne tales sunt dispositiones in dicta oratione. Nūc sistite mecum aduersarij, & dignoscite, & diuarium dicti vltimi §. *si minor* ab illa prima orationis dispositione, & rationem eiusdem.

Ecce iam Imperator Seuerus, in primo periodo suæ orationis indefinitè prohibuit minorum stabilia, nèc alienari, nèc pignorari posse: dico indefinitè, hoc est, regularitèr, exceptio huius regulæ prohibitiuæ est prima, nisi id à parentibus sit elargitum, ibi, *nisi idemet fieri, parentes testamento, vel codicillis cauerint*, secunda limitatio in diuisione facienda rei communis, prouocante socio, vt *in §. si communis res*, hęc sunt duæ exceptiones, quæ excipiuntur à regula de non alienando. Succedunt duo aliæ dispositiones, vna *in §. si defunctus*, & altera *in d. §. si minor*, confirmatæ cum dicta principali dispositione *in d. l. 1.* & sunt in causa argumenti illius textus dispositionis; nempè prima, id ampliùs esse, quod non per hoc, quod defunctus paratam habeat intentionem distrahēdi res stabiles, ergo eadem parata voluntas post eius mortem continuatur in successorem, ex quo id totum contrariū est, quia etsi ipse voluerit vēditionē fieri ex sua volūtate, & industria, nō sic putauit, vt fieri valeat per eius hæredem minorem, nisi expressè id dixisset, ad dispositam *in d. l. 1.* secundo etiam illud magis esse, quàm sit in dispositione, *dictæ l. 1.* nempè vt non solum ex interuallo bona minoris distrahi prohibeatur, sed etiam si incontinenti in eius cōtractu, pactum aliquod cautum habens distrahendi, vel pignorandi prohibeatur, aliàs si augumentatiuè alloquutus non fuisset Cæsar *in d. §. si minor*, & dixisset idem quod *in d. l. 1.* dixerat, multiplicauisset entia absque necessitate, & dispositio *in d. §. fin.* deseruiret de vento tanquam inanis, & vacua.

31 Proindè omninò dicendum, & absq; scrupulo affirmandum, Imperatorem Cæsarem orasse pro totali rei minoris distractionis prohibitione, in qua si non includerentur, quæ per venditionem, & dominij traditionem acquiruntur minori: cùm is acquirere, & non perdere possit, fuisset orationis dispositio manca, & diminuta, tanquàm non occurrēs omnibus casibus alienationis, & pignorationis. Et in bona, & speculatiua oratione tanti Cæsaris, dignum fuit excogitare hunc peregrinum, & singularem casum: Edoctus Cæsar à principijs naturalibus, quod scilicèt contraria non possunt existere in eodem subiecto, & instanti, & quod detur in bono ordine, quem ignorarunt interpretes, & Pragmatici contrarium tenentes, priùs, & posteriùs contrariorum, nempè quod eodem in instanti sint incompatibilia acquirere, & perdere, sed necesse est, vt in diuersis instantibus, & subiectis diuidantur acquisitio, & perditio, in primo scilicèt instanti fiat acquisitio, in secūdo verò

verò perditio: cùm perdere supponat acquisitionem, aliàs si in eodem instanti daretur acquisitio, & perditio, diceremus, quod etiam in eodem instanti daretur mors, & vita, quod abhorret ordo naturæ. Vndè necesse est facere, vt priùs minor acquirat, & postmodum alienet, sed in primo actu acquisitionis nullum considerari potest contrarium inficiens, alias non acquireret, sed distraheret minor, igitur necessario fatendum est similitèr, vt detur totum primū periodum, & subiectum, in quo totalitèr possit requiri distinctum, in quo postmodum distrahitur, vt benè dixit *D. Præses Merlin. contr. forens. cap. 36. cent. 2. sub num.* 8. quem non intellexit *D. de Luca* quādo gratis, tàm eius solidissima principia, absque aliqua euacuatione, & responsione respuit; alias confunderentur principia actionum, quæ fiunt in tempore si omnia fieri possent in instanti, perturbato ordine actionum, quæ debēt esse compatibiles, vt stare possint eodē in subiecto, prout venditio, & emptio, locatio, & conductio, & aliæ symbolæ, quarum vna data conceditur, & altera, vt etiam donationes ad inuicem, & omnes alij actus correspectiui compatibiles: non vero incompatibiles, vt contractus, & distractus: nàm eo ipso, quod vis dicere distractum necesse est, vt consideres præcessisse contractum, alias distractus esset necessario absque eius subiecto contractus, quod non dicendum, vt probabimus hic *in vlt. cap.* vbi agemus de simbolis contractu, & distractu.

Ex quibus benè fundatis principijs resoluimus cùm *Antonio Fabro de error. pragm. decade* 4. *err.* 8. *in nostro tract. de assistentia q.* 14. *in fine*, constitutum nullatenùs operari posse in bonis futuris obligatis, ex quo constitutum illud, nullum tēpus habile inueniet, in quo operari possit, & si simul, & semel in contractu obligationis appositum sit: non per prius, quo fuerit acquisitum dominium rei acquirendæ debitori, quia tùnc nullum subiectum inueniet in quo possit operari: non per posteriùs, post quæsitū dominium, quia tùnc nouissimè accedens, non potest illudque dominium trāsferre, prout ex tùnc, sed benè prout ex nùnc, quare hoc, quia ratione incōpatibilitatis acquirere, & perdere, necesse est, vt distent in tempore: sic diximus de pacto de retrouendendo, per quæ omnia annihilantur excogitationes Doctorum contrarium tenentium, & signantèr *Gait. loco cit. sub num.* 371. in quibus nec obstat constitutum ab ipso non rectè excogitatum, ex quo etiam eodem in tempore repugnat in subiecta materia: sed etiam regulari debet per posteriùs, vt mox suprà diximus, quibus benè præcognitis per oratorem Cæsarem, nè aliàs turpitèr ignoraret ea, in quibus oraret; deuenit ad declarationem ad eius regulam prohibitiuam Tutoribus, & Curatoribus ne alienarent stabilia minoris absque decreto Iudicis vt *in d. l.* 1. vt ea habeat etiam locum si minor 25. annis emerit, & simul, & semel obligauerit rem emptam venditori, quoad pretium soluatur, assignando duo extrema, primum in dominio iam quæsito in primo instanti, & secundùm principium hypothecæ rei iàm quæsitæ, ibi *dominium est quæsitum*, ecce extremum à quo, alterum ibi, *capit non posse obligari*, ecce aliud extremum ad quē,

32 per verbum *capit*, quod continuat actum contrarium in esse sui ipsius contrarij, vt de Diuo Petro dicitur *Marci* 14. & is ibi, *& statim Gallus iterum cantauit, & recordatus est Petrus verbum, quod dixerat ei Iesus: Priusquam Gallus cantet, ter me negabis, & cæpit flere*, non ne actus negationis D. Petri fuit in instanti cùm eius fletu, sic probat *Sacer Textus*, desinit negare *D. Petrus*, & incipit flere, & sic continuauit actum contrarium pœnitentiæ Petrus contra actū negationis subito, vbi *statim*, hic, incōtinenti, ergo possunt dici illi duo actus contrarij Petri, non habuisse per priùs, & per posteriùs, licèt instantanei, nequaquā, quia per priùs fuit actus negationis, & per posteriùs actus magis cōformatiuus cùm fletu, definit *Petrus* contrahere cum negatione, & cæpit ardentiùs eamdem negationem distrahere cùm fletu, & ideò cæpit flere, vt continuo fleret, sic cæpit non posse obligari, vt continuo non obligetur.

Igitur si ab omnibus rationibus est cir-

circumuallata oratio Diui Seueri cur ardua, irrationabilis, et ad alios casus non extendibilis? nisi quia passiones animi,siuè vt magis probè,malus genius sic in contrarium suadeant contrà, et præter iuris dispositionem,et rationem, et si dura videatur hæc lex venditori, maius durum ipse agnoscat infortuniũ ex sua voluntate,qua motus ad sic contrahendum, sibi imputatur, cur contrà legis dispositionem contraxerat, et alitèr sibi non cauerit, quàm de nuda hypotheca,vt de pacto de retrouendendo diximus *in d.nostro tract.de assist. q.17. num.10.in fine*,et sic dignoscite, si benè dixerat *D. Hieronymus Calà* dignissimus M. C. V. Iudex *in tract. de restit. in integr.nupèr edit q.5.* qui defendẽdo opinionem communem, quam vocat contrariam, sequutam postremo ab *Olea*, maximè ex illo malo principio, quod priùs obligatur res empta,et postmodũ cum eodem nexu pertransit ad minorẽ emptorem affirmando, terminos esse contraiuris regulas, quando obligatio nunquam datur in rebus adhùc non obliganti quæsitis,et si non quæsitis,tanquam adhùc existentibus penès dominum, nèc in rebus proprijs hypotheca, et sic duplex error, et inconueniens, et miror cur non citauerat tantum virum suum Auunculum, *q.Reg. Merlin.* vel vt ipsum argueret pro maiori veritatis gloria,vel vt eundem defenderet pro eius veritate inculcata.

Non puto talem acerbissimam quæstionem esse in commodato rei minoris, et si commodatum reuocari possit per ipsum ope restitutionis in integrũ, vt suo loco dicemus,quia,et per ipsum, et per Tutorem, siuè Curatorem benè commodari ex gratuito officio, quod omnibus conuenit,posse, maximè, quia commodatum nullam speciem alienationis in se habet: cùm tàm dominium, quàm possessio rei commodatæ semper remaneant penès commodantem,transiens in commodatarium commodum vsus rei duntaxàt, *l. rei commodatæ, ff. commod.*quia maius est minori præiudicium alienare cùm causa, quàm commodare absque causa, ex quo alienando cùm causa perdit alienatum, et cõmodando absque causa non perdit cõmodatum, sed minor, et si prohibitus alienare potest donare ob merita absq; decreto.*Roman.in l.si ante nupt. ff. solut. matr.Abb.in cap.per tuas vers. in gl. 1. in fine col.2.de donat.Ias.in l. ex hoc iure.* In octauo effectu donationis, *ff. de iust. & iure Decian.responso 27.n.27. vol.3.*ergo eo magis commodare,dummodo non recipiat mercedem, quia tùnc non essèt ampliùs commodatum, sed symbolizaretur in locationem, vt perbellè apud *Scacciam de commercio, & cambio §.1.qu. 7.par.1.num.70. vers.confirmatur hæc solutio*, et tùnc secũdũ n vnam opinionẽ, nisi ad longum tempus locauerit; licèt secundùm nos *tit.3.cap.3.n. 13.& seq.* adhùc dicatur locatio ad longum tempus non habere in se speciem alienationis,et sic concludas non dari symbolum in hoc casu intèr commodatum, et pignus: nisi in restitutione in integrum quoad vtrumque, vt suo dicemus loco.

35 Benè se offert,et aliud symbolum intèr commodatum, et pignus, quod sicuti commodatum, ante vsum expletum reuocari non potest, quia intèr dantem, et suscipientem hæc mutua intercedit obligatio, *l. in commodato, §. sicut,ff.eod.l.2.C.eod. cap.1. de commodato Dec.in l.contractus n.28. de reg.iur. Bart. in l.sicut certo, §. idemque,ff. commodati, Mantica dicto tit.1.num.8.* et ideo debet mutuans probare vsum expletum, quẽ constituit *d. l. 2. C. eod.* et in hoc differt commodatum à deposito, quia depositum potest arbitrio deponentis reuocari,et repeti,*l.1.§.pen. ff.deposit. cap fin. §.fin.de deposito*,et si appositum sit pactũ de non reuocando,*l.1. §.si sic deposuero, ff.eod.*prout etiam differt à præcario *l. 1. & l.cùm præcario,& l.habet, ff. de præcar. d.cap.fin.de præcario*, dummodò ex illicò reuocato præcario aliquod damnum non inferatur ei,qui præcarium accepit, vt diximus *in tract de assistentia qu.21. num.6.vers.1.notet.*

36 Sic dices in pignore: nàm neque pignus repeti, vel reuocari potest per debitorem, nisi impleta solutione sui debiti proptèr quod pignus fuit creditori traditum, et est vnus modus dissoluendi pignus, prout etiam dissoluitur, non

Ooo tan-

tantùm solutione, ac etiam compensatione, pacto, liberatione, acceptilatione, nouatione, delegatione, præscriptione, adiudicatione, remissione, et similibus, de quibus apud *Neguſ. de pign. par. 6. per tot. Balduin. eod. tract. c. 20. per tot. Mant. de tacit. lib. 11. tit. 31. per tot. Gait. de credito d. cap. 4. q. 12. per tot.* apud quos videre poteris materiam eiusmodi absolutam cùm suis ampliationibus, limitationibus, et declarationibus, quos sufficiat allegasse: cùm nostrum institutum sit non tractare de vulgaribus, sed de symbolicis contractibus dumtaxàt, licèt *in vlt. cap.* egemus de symbolicis contractibus, et distractibus Deo fauente, & quando pignus resolutum pro vno debito possit retineri pro alio, vide *Neguſ. de pign. membro 1. par. 5. num. 41.*

37 Rursùs etiam symbolum intèr commodatum, et pignus, quod quemadmodùm in commodato, contrà quē accipit commodatum, duplex oritur obligatio, quorum vna dicitur principalis, altera secundaria, principalis est ad restitutionem rei commodatæ, *l. 1. §. is quoque el princ. ff. de act. & obligat. & l. in princ. ff. si cert. petat. & §. item. instit. quib. mod. re contrah. oblig.* ius enim naturale impellit, vt restituatur res commodata *cap. ius naturale 1. dist.* quæ restitutio non potest retardari ex prætextu debiti, *l. vlt. C. eodem*, nisi commodatarius impensas fecerit in re commodata, vel nisi is, qui commodauit ad aliquam quantitatem, vt per *gl. in d. l. fin.* aliàs res commodata omninò cùm fructibus restituenda *l. videamus, §. si possessorem, ff. de vsur.*

38 Secundaria itidem obligatio dicitur, quæ ratione doli, & culpæ contrahitur, secundum distinctionem, *d. l. si vt certo, §. nunc videndum cùm gl. in verbo plerumque, ff. eod.* & de vtraque obligatione loquitur *d. l. si vt certo, §. si duobus* vers. *adeo*, quod si res in rerum natura esse desierit, per dolum, vel culpam commodatarij ad integram eius existimationem is condemnari debet *d. l. in commodato, §. vlt. ff. eod.*

39 Similitèr in pignore in eum, qui accipit pignus, duæ obligationes exoriũtur, quarum vna etiam dicitur principalis, altera similitèr secundaria. Principalis datur ad restitutionem pignoris iàm distracti, & resoluti ex modis, vel ab vno eorum, de quibus mox suprà, tùnc ex ea nascitur actio pignoratitia directa competens debitori contrà creditorem pro repetitione pignoris, facta solutione eius, in cuius pignoris gratia traditum est *l. petenti, & l. si rem alienam, §. omnia, ff. de pign. act. l. pignoris causa, ff. eod.*

Secundaria pro damno reparando, si pignus deterius factum fuerit redditũ, *l. 2. & l. creditor qui fundos, C. de pign. act. l. elegantèr, §. fin. ff. eod.* vel si creditor pignus vendiderit, & pretium exceptum de bitum excedat: cùm sicuti in cõmodato, sic etiã in pignore actio doli, culpæ, & custodiæ, (dũ modò in vtroq; vis maiorũ nõ veniat,) nec alia, quã ea, quã diligens Paterfam. in rebus suis præstare solet, *l. si non venderet, §. fin. & l. ea igitur, ff. de pign. act. l. sicut vim, C. de pign.* quia, & si à creditore detineatur pignus, tamen in dominio debitoris est, & illi regularitèr perit, *l. pignus in bonis, C. de pign. l. quis sit fugitiuus, §. pignora, ff. de edilit. edict.* & sicuti fine dolo, & culpa creditoris, interitus, & decrementum accidens debitoris est, ità augumentum, siuè incrementum, *l. si inter, §. quicquid. ff. de pign.*

Itèm sicuti in cõmodato datur actio directa, contrària, & vtilis, directa quæ competit commodanti contrà commodatarium, qui rogauit vt ea restituatur, si deterior facta non sit, alioquin restituta non videtur, quæ pertinet ad hanc actionem: nisi id quod interest præstetur, vt *in l. 3. §. habitatio, ff. commodati, & l. cũ à Iudice, ff. de Iudic.* refert, vt restituãtur fructus rei commodatæ, veluti pullus equam commodatam insequens, *l. si vt certo, §. vsq; adeo ff. cõmod.* aut seruus cùm lange, & de cæteris, de quibus apud *Tholoſ. lib. 23.* & nos suprà etiam diximus.

40 Contraria actio datur commodatario, quanquam enim is, ea quæ contrario iudicio à commodante consequi possit per compensationem, & rei retẽtionem. Tamẽ quia Iudex compensationis semper rationem non habet, aut aliquando res perijt, & ità de restituenda

da re cùm eo non agatur, aut sine Iudice restituta est, dicendùm necessariam esse contrariam actionem, *l. in rebus in fine, ff. commod.* per quam consequitur quanti sua interest ex restitutione rei, & sine principali eam producere poterit, *l. in commodato §. 1. ff. eod.* vt si vsu nō completo, & ante tempus rem commodatam commodans repetat: cùm non decipi beneficio, sed iuuari intersit nostra, *l. in commodato §. 1. ff. eod. cap. in reb. §. fin. de commod.*

Insuper si sciens quis vitiosam rem, ex qua damnum illatū est, inscio cōmodatario, commodauerit, vt si praua dolia, vel vasa, in qua infusum vinum, vel oleum, effusa, vel deguastata sunt: tunc eo nomine condemnandus est commodans, *l. in rebus, §. item qui & d. l. in commodato, §. sicut, ff. eod.*

Rursùs si cōmodatarius graues impensas in seruum commodatum interdum fecerit, vel ad inquisitionem fugitiui, (exceptis modicis, et in quotidiana alimenta factis,) illae etiam ad eum, qui vtitur pertinēt, *d. l. in rebus, §. possunt, & l. item si serui, §. fin. ff. de edilit. edict. l. diuortio, §. fin. ff. solut. matr.* & de alijs, de quibus etiam apud *Tholos. loco cit. sub num. 14. qui num. 15.* assignat etiam vtilem actionem directam, & contrariam.

41 Talitèr dicendum in pignore, in quo datur actio, directa, contraria, & vtilis, de directa diximus supra, quae competit debitori aduersùs creditorem, pro restitutione pignoris distracti. Contraria verò hypothecaria agit creditor contra debitorem pignoratitium pluribus alijs modis. Primo si debitor quasi soluturus pignus obtulerit, quia tùnc hac actione contraria tenebitur debitor, & de dolo, ad exhibendum, & furti, *l. 3. ff. de pign. act.* Secundo, vt si debitor deceperit creditorem in pignore, agetur contraria, in qua veniet quanti interest non esse deceptum, *l. si in pignore contrahendo, ff. de fideiuss.* Tertio si debitor rem alienam sciens, & prudens in pignus creditori tradiderit, tenetur tūc etiam actione stellionatus *d. l. Tutor §. 1. l. si quis in pign. ff. de pign. act. l. fin. ff. de crim. stell.* & sic debitor tali contraria actione tenetur, quotiescumq; alio modo in pignore versatus fuerit, *l. quae res, ff. de pign. act.* vt possit creditor omissa pignoris persecutione, agere contra debitorem actione personali, nisi res obligata ab alio tertio possideatur, tūc enim fieri debet discussio: primo contrà principalem obligatum, actione personali, & postmodūm contrà tertium hypothecaria agere, vt diximus in nostro *tract. de assist. quaest. 28. in princ.* Imò non tantùm excutiendus debitor principalis, sed etiam eius fideiussor, vt *ibi* diximus: & affirmauit etiam *Tholos. d. lib. 13. cap. 10. num. 9.* si debitor deteriùs pignus fecit dolo malo, quia tùnc tenebitur quāti interest creditori, vt si corruperit seruū pignoratum, vt suprà diximus: si post distractum pignus debitor, qui precario rogauit, vel conduxit pignoris possessionē non restituat contraria actione ad id tenetur, *l. pignore, §. si post, ff. eod. tit. de pign. act.* si debitor sciente, & ignorante creditore furem seruum pignori dederit, propter furtum commissum à seruo pignorato, aget creditor pignoratitia contraria contrà Dominum pignorantem, aut vt damnum resarciat, aut pro noxae redditione hominem retineret, *l. si seruus pignori, ff. de pign. act. l. si seruus communis, §. his etiam, ff. de furt.* Si creditor expensam in rem, vel ob rem pignori datam fecerit, hac actione recuperat à debitore, *l. necessarias, d. l. si seruus, ff. de pign. act. d. l. creditor, C. eod.* quia expensae summam debiti principalis augent, *l. in sūma, C. de pign.*

42 Actio vtilis datur, quando res aliena obligatur scienti, tùnc cessat actio directa, vel contraria, sed ex aequitate vtilis directa cōceditur, *l. 1. in princ. ff. de pign.* datur & ei, qui rem pignori obligatam pignori accepit, *d. l. grecè, §. cū pign. eod. tit. de pign.* Item actio vtilis cōtraria datur contra eum qui rem alienam sciens, prudensque obligauit, quae posteà eius facta est, *l. cùm res, C. si alien. res pign. dat. sit.*

43 Accedat, & aliud symbolum intèr commodatum, & pignus: nàm si quis alicui commodauerit ad pignorandum erit tùnc dubio procul commodatum, & non pignus, quia ad certum vsum res

tui, nequaquàm fuisset adinuentum, ex eo, quia pignus pro firmitate, & assecutatione crediti ob contumaciam debitoris non soluentis prodijt in lucem, vt diximus suprà *in præcedenti cap.* & in
1 hoc differunt mutuum,& pignus, quia mutuum à liberalitate dantis proficiscitur,pignus verò à voluntate non soluentis originem habuit.
2 Differt etiam mutuum à pignore, quia in mutuo non eadem species restituitur,sed aliena eiusdem generis, & qualitatis, *l.1.§.1.ff.de act.& oblig.& instit.quib.mod.re contrah.oblig.in princ.*secūdum declarationem desuper per nos
3 supra. Pignus verò,eadem in specie,restituendum est debitori, cùm ei aliud pro alio restitui non potest. Insuper pignus differt à mutuo, quia dato pignore, nō transfertur dominiū rei pignoratæ in creditorem,dato verò mutuo, benè transfertur dominium rei mutuatæ in mutuatarium, ex quo mutui propria essentia est, vt de meo fiat tuum, *l.2.§.appellata,ff.si cert.petat.* ex quo sequitur, quod si de meo tuum non fiat mutuum dici non possit, nec ex ea obligatio na-
4 scitur; quod probes dùm datur, *§.1.instit.quib.mod.re contrah.oblig.*
5 Itèm differt mutuum à pignore, quia in mutuo interitus rei mutuatæ ad mutuatarium, non ad mutuantem spectat, *l.rogasti,& l.si quis nec causam,& l.certi condictio,§.fin.ff.de reb. credit. §.itèm is cui.instit.quib.modis re contrah.oblig.*
6 In pignore aliud est, quia interitus rei pignoratæ ad debitorem non ad creditorem, qui rem pignoratam suscepit spectat, *l.1.§.is quoque,ff. de act. & oblig.§.fin.instit. eod.tit. quib. mod. l. quæ fortuitis,& l.si nulla culpa,ff.de pign.act.* & si talia, & similia intercedant discrimina inter mutuum, & pignus tamen in multis sunt symbola; &

Primum est symbolum inter mutuū, & pignus,quod sicuti mutuum secundū
7 aliquos triplex est,naturale, ciuile, & mixtum. Dicitur mutuum naturale quemadmodùm pecunia à me tibi ità datur,vt tua fiat *d.l.2.§.appellata,ff.si cert.petat.*& cū hoc mutuum in sua natura reperiatur, aliquo alio iuris adminiculo non eget, dixit *Mantica d. lib. 8. tit.2.num.2.*

Ciuile mutuum simplicitèr appellatur:cùm quis ex chirographo,quo confitetur se mutuam pecuniam accepisse, biennio transacto obligatur, tùnc enim præsumitur pecunia numerata, quia certi condictio,quæ oritur exceptione non numeratæ pecuniæ ex legis dispositione non potest submoueri, *l.in contract.ff.de non numerat.pecun.& instit.de liter.oblig.*, & proindè eo in casu non propriè oritur ex mutuo obligatio, sed ex literarum contractu proptèr mutuū *l.non vltra,ff.de non numer.pecun.*& hoc dicitur secundùm etiam alios,mutuum fictum, & conditionatum, *Bald. in l.qui absentis num.10. in fine C.eod. tit.si cert. petat.Cephal.consil.603.n.43.& seq.*

Vndè inferas, quod si Notarius, qui mutui instrumentum fecit in eo scripserit, quod Titius præsentialitèr, & manualitèr pecunia n creditam accepit à mutuante, testes verò instrumentarij negant pecuniam esse numeratam, nec minus in contractu interuenisse, quod in hoc,instrumentum non sit falsum, asserit Notarius de mutuo naturali, & testes de mutuo ciuili, quæ sunt symbola elapso biennio,& sic è contrà, quia in eodem mutui subiecto non sunt cōtrarij, ex quo omnes nēpè Notarius, & testes testātur de mutuo,testantur,diuersi circa formam contracti mutui, *Pract. Papiens.in forma libelli pro tut.hypothecaria in verbo ciuile mutuum Doct.* communitèr *in l.singularia,ff.de reb.credit.Paul.de Castro cons.186.num.5.vol.1.* quia verbum illud *præsentialitèr,& manualitèr* potest intelligi fictè: cùm non probet hoc esse, quod aliquando contingit abesse, *l.cùm hæc, C.vndè cogn.l.neque naturales,ff.de probat.*quamuis in contraria sententia stet,*Bald.in l.ità stipulatus, §.Chrysogonus,ff.de verb.obligat.* ea ratione, quia verba dubia referenda sunt ad tempus instrumenti, quando actus est eius naturæ,vt ea de quibus meminit possint interuenire, & si verbis illis, confessus sit se recepisse, quæ sunt præteriti temporis, vt præsumantur potiùs præcessisse numerationem,quàm præsentem fuisse, *l.Aurelius, §.Titio Seio,ff.de lib.legat.*

Sed veriùs est,vt nunquam intelliga-
tur

uentio partium ad pignus constituendum, suppletur tamẽ à iure ciuili, quod alij vocant legale, quod legis ministerio inducitur, de quo *in toto tit. ff. & C. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacitè contrah.* Mixtum partim naturale, & partim ciuile illud est, quando res aliena in pignus traditur, quod à principio nõ valuit, coadiuuatur postmodùm, accedente dominio, per æquitatem iuris ciuilis, in vtili persecutione ex rescripto Diocletiani, & Maximiani, vt *in tit. C. si alien. res.* vel si dicere velis secundum alios, quatuor scilicèt dari mutui species, naturale, & ciuile, naturale, & ciuile simul, & ex fictione iuris, *Tholos. d. lib. 22. cap. 2. n. 2.* quod nota cùm alibi non inuenies.

9 Secundum est symbolum intèr mutuum, & pignus: nàm quemadmodùm dans mutuum, Dominus esse debet rei mutuatæ, alioquin mutuum non fieret de meo tuum, vt suprà diximus ex *l. 2. §. appellata, ff. de reb. credit. & l. nauem, Sanfel. ff. locat. l. non videatur, & l. nemo plus iuris, & l. id quod nostrum, ff. de reg. iur.* quare nec fur, quas furatus est pecunias mutuo dare potest, *l. nàm, & si fur, ff. de reb. credit.* adeo quod de re cõmuni non potest constitui mutuum, nisi de sua parte, & portione, *l. si socius propriam pecuniam, ff. de reb. credit.* & quod mutuatos nummos alienos vendicabit Dominus contra mutuatarium, daturq; illis consumptis, vtilis actio patet *in l. ex facto, §. planè si ex re pupilli, ff. de peculio:* vndè regula ea est, vt omnes, qui rem suam distrahere possunt, mutuum etiam dare non prohibentur, *arg. l. nec non, §. quod eis, ff. ex quib. cauſ. l. 2. propè principium, ff. de legib.*

Sic dicas in pignore. Pignus enim nullatenùs constitui potest, nisi ab eo qui Dominus est rei pignoratæ, & omnis cui non est interdicta bonorum administratio pignus constituere potest, vt sæpè sæpiùs supra probauimus: Vnde sicut furiosus mutuam pecuniam dare nõ potest, quia non habet consensum, nullumque negotium peragere valet, *l. furiosi, ff. de reg. iur. & §. furiosus instit. de inut. stipulat.* verum si furiosus mutuam alicui pecuniam dederit, eaque consumpta fuerit, mutuum ex iuris interpretatione conualescit. *l. si à furioso, ff. si cert. petat.* sic etiam furiosus, nèc pignus constituere potest ex eadem ratione defectus consensus.

Eadem ratione, si pupillus sine Tutoris authoritate alicui mutuam pecuniã dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam accipientis facit, sed si is qui accipit bona fide eam consumpserit mutuum reconciliatur, & condictionem habet, quia eius facto iutelligitur ad eum peruenisse, qui accipit, *l. non omnis, §. pupillus*, inibique *per gl. ff. si cert. petat. & §. nùnc admonendi sumus, instit. quib. alien. non lic.* quod idem est etiam in pecunia deperdita, ex quo consumptio, & commissio sunt symbolæ, ex trãslatione dominij à principio facta, *gl. in l. indebit. §. sed, & si nummi, ff. de condict. indeb.* sic etiam est in pignore, pupillus enim pignus dare non potest, vt diximus *in præced. cap. ex l. 1. ff. de reb. eor.* & si dederit competit etiam actio non ex pignore, sed condictione.

10 Tertium est symbolum intèr mutuũ, & pignus, quod sicuti administratores Reipublicæ, & Magistratus Prouinciales, si temporales sunt mutuum suo nomine dare non possunt, nèque per interpositas personas, *l. Principalibus, & l. Præsid. Prouinc. ff. de reb. credit. l. 3. C. si cert. pet.* si tamen perpetui sunt administratores, ipsi bene mutuum dare possunt, vel etiam temporales alijs, quàm sibi subditis mutuare possunt, & vtriq; tàm temporales, quàm perpetui mutuũ accipere possunt, prout illorum negotiũ expediet: dummodò commercium indè fœneratoris non exerceant *d. l. Præsidis, §. fin. & l. eos, C. de vsur. & l. quamuis, ff. si cert. petat.* cùm turpe videatur istis talibus in dignitate præsidentibus cõmercia exercere, *l. 3. C. de commerc. & mercat.* Iniustumque rectoribus, & administratoribus publicis cùm subditis contrahere ob metum, & impressionem, quem, & quam præsumit lex posse illis inferri, *l. non licèt, l. qui officij, ff. de contrah. empt. l. 1. C. de contract. iud. l. scriniarios, C. de nu. & act. lib. 12. l. si per impressionem, & similib.* & quomodo hoc intelligatur de iure Regni, vide *Nouar. super*

super pragm.1.collect.2.per totam.tit.de mercatura officialium.

Et tales perpetui officiales debent saltim se abstinere ab aliqua suspictione sordium in negotiando: tunc enim, si se non abstinuerint ex eorum personarum qualitate, rectè ad rescissionem contractuum, & vindictam eorum abutentium officio sub authoritate Regia, procedi potest, imò duriùs contra eos animaduertitur, qui prætextu authoritatis Regis subditos deuorant, eorumq; res populantur, *l.meminerint,C.vndè vi l.3.§.fin.ff.de eo quod met.caus. l.quemadmodum, §.Magistr.ff.ad l.Aquiliam*,& de omissis,& commissis per officialem priuatione eius officij,& probatione circa eius delicta, vide *D.Præs. Merlin. contr. forens.cap.*28.*&* 29. vbi agitur de causa Pauli Oliua Ciuitatis Gaetæ.

11 Sic dicas in pignore: nàm cum talibus omnimoda negotiatio sit interdicta, negotium pignoris nequaquàm cōtrahere possunt, nisi in illis casibus, in quibus possunt negotiari, vtputa si vendant, vel mutuent fructus ex eorum possessionibus perceptos, ex quo concesso sicut principali conceditur, & accessorium, quod intelligas etiam passiuè: nàm istis, nec etiam mutuum per prouinciales dari potest, nec pignus, aliàs in pœnam exilij cùm ipso Iudice incideret, *l.quisquis, C.si certum petat.* explicat *Alciat.disput.lib.4.cap.*22.

12 Prout nec etiam Prælatus pecuniam ecclesiæ mutuam, nec in pignus dare potest, *Arch.in cap.*1. 12.*q.* 2.dummodò id faciat pro subueniendis pauperibus, tùnc enim, & mutuum, & pignus dare potest, quemadmodùm, & eleemosynā, arguendo à fortiori, quia, & si potest Prælatus, & tenetur de rebus ecclesiæ eleemosynam dare, eo magis, & mutuū, & pignus constituere *in cap.* 2. *ibi Abb. n.*8.*Ioann. Andr.post principium vers.quid si habeat pecuniam de solut.* Verùm si rector Ecclesiæ nomine suo mutuam pecuniam dederit, ex bonis Ecclesiæ præsumitur eam dedisse, & proindè succedens ei in beneficio potest eam repetere, nisi altèr constet rectorem habuisse patrimonium, vel fuisse industriosum, ità vt iure permittente sibi potuisset acquirere, *Bald.in auth. licentiam num.* 3. *de Episcop. & Cleric. Afflict. in cap.* 1. *vers. sed quæro de success. test.*

13 Quartum est symbolum intèr mutuū, & pignus: nàm quemadmodum mutua pecunia dari non potest furioso, & si detur is non obligatur, quia non intelligit quid accipiat, & sine consensu nulla cōtrahitur obligatio, vt supra diximus, & probatur *in §.furiosus instit.de inutil. stipulat. & in l. non omnis in principio, & in l.si me, & Titium, ff.si cert.petat.* sic etiam nec pignus ei dari potest ex symbola ratione, ex quo animus eius non quiescit, & sic ei non refertur, *l.furiosis, ff.de condit.*

14 Quintum est symbolum intèr mutuū, & pignus, quia quemadmodum pupillo dari non potest mutuum, nèc etiam, & pignus, ex quo pupillus in omnibus causis non obligatur sine Tutoris authoritate *d.§.pupillus in princ. instit.de inut.stipulat.* nisi locupletior factus fuerit pupillus ex illo mutuo, vel pignore, *l.pupillus obligari, §.1.ff.de act.& obligat. & l.si pupilli in fine, ff.de negot. gest.& l. pupillus in princ.in* 2. *responso, cum gl.ff. de auth.Tutor.* In minore verò 25. annis, & 18. de iure Regni, oportet, vt pecunia mutuata sit versa in eius vtilitatem, vt rectè is ex mutuo obligari possit, *l.si in rem minoris, C. quando ex fact. Tutor.* adeo quod si pecunia in eius vtilitatem non sit consumpta, quamuis ipso iure sit obligatus, quia intelligitur læsus, in integrum restitui debet *d.l.*1.*&* 2.*ff.aduers. credit.* & nisi probetur pecuniam mutuatam versam fuisse in eius vtilitatem, rectè lęsus dici potest, *Alex.in l.singularia num.*16.*ff.si cert.petat.*

15 Dubium emergit in hoc, cui nàm incumbat onus probandi minorem factū fuisse locupletiorem in pignore, an ipsi minori, qui negat non fuisse factum locupletiorem ex suo pignore, & secundū *Aretinum in cons.*81.*num.*2.*vers.aut iste qui numerauit affirmat*, tùnc minorem posse in integrum restitui, quando probat se non fuisse factum locupletiorem, qui agit in mutuo gratuito, sequitur *Mantica d.lib.*8.*tit.*6. *num.*18.

Attamen difficultas isthæc non sic de facili cùm *Aretino*, & *Mantica* est termi-

nan-

Digitized by Google

nanda, quominùs suos nõ inueniat scopulos, in decidendo, ex quo, circumscripta distinctione mutui: cùm fœnore, & puri mutui, adhùc superest difficultas in puro mutuo, & quod non ea sit euacuanda pro minore, adeo quod tale onus probandi incumbat mutuanti, minorem fuisse locupletatum cùm eius mutuo, quod probatur.

Primo in mutuum regularitèr venire, quod aliquid abest à minore, & nihil ei adest quando pecuniam expendit, donèc contrarium non probetur. Vndè si minor non probet se pauperiorem ex eo mutuo factum, nõ propterea probatum est, illum factum locupletiorem ex eo, vt notabilitèr signat *textus in l. si sponsus, §. concessa, vers. 1. ff. de donat. intèr vir. & vxor.* & in hoc argumento residet, *Mathes. sing. 58. Rebuff. de restit. in integr. art. 1. gl. 3. num. 21. Fulg. in l. 1. C. si aduers. credit.* qui contendens contrariam Doctorum sententiam dixit, quod in iuribus per ipsos allegatis non constat, quod aliquid absit à minore, & quod aliquid adsit.

Cæterùm opinionem *Mantica*, & aliorum, magis probat *Oddus de restit. in integr.* (licet, & ipse de *Mantica* non meminerit) *quæst. 51. art. 6. num. 53.* vers. *ego puto*, ex ea dumtaxàt ratione, quia licèt minor possit dici pauperior post contractum mutuum ex obligatione, quam habet mutuum restituendi, & cõsequentèr suum patrimonium extenuãdi, non per hoc contraria veritas non est euidens, quamuis minor locupletatus fuerit in recipiendo à mutuante pecuniam: Vndè si minor est in regula se locupletasse in accipiendo pecuniam sibi per mutuantem traditam, exceptio subsequens ex eadem deperdita pecunia, non mutuanti, vt probetur incumbit, qui est in regula, sed minori excipienti contrà regulam omninò deferẽda est probatio, quia interim semper præsumitur dominium rei mutuatæ in posse mutuatarij minoris esse, donec aliter per ipsum perperam ammissum fuisse probetur, *l. siue possidetis vbi gl. C. de probat.* esset enim grauius mutuanti inuestigare de facto minoris, quàm ipse facillimè probare potest de facto suo, & hæc opinio magis mihi vndequaque probata videtur: eo magis, quia minorẽ tantùm probationem facere tenetur de amissione pecuniæ mutuatæ per inanem perditionem, puta in ludo, meretricibus, & similibus, illudque sibi contengisse imprudentèr: nàm si alias casu probasset pecuniam mutuatam perdidisse non sufficiet ad se eximendum à restitutione, *Petrus de Bellapertica in d. l. 2. in princ. C. aduers. credit.*

16 In casu incumbentiæ probandi per mutuantem sunt plures articuli formãdi. Primus, in quo declaretur summa mutui. Secundus, in quo minor tempore mutui indigebat illa mutuata pecunia, ostendendo debita illius, vel ægestatem, vel nuditatem ante mutuum, & quod post mutuũ debita exoluit, & nuditatem, egestatemq. reparauit. Vltimus, in quo debita, nuditas, & ægestas non solui, & reparari nõ poterant nisi ex illa pecunia mutuata, ex quo aliter vndè mutuata pecunia non habebat illa solueret, & repararet, de quibus optima cautela erit, si tempore mutui fiat per minorẽ confessio in instrumento, ex quo tùnc qualitas mutui cùm confessionato accidenti, transferret onus probandi in minorem, alitèr factum fuisse, ex eo quia mutuantis curiositas non debet extendi ad duo accidentia, sufficit si in vno dumtaxàt verificetur, nempè in primo, vt pluries diximus, & infrà dicemus. Quod idem probes, si mutuum à minore alteri detur, & ex regula illa generali, qua satis probatur, quod minor vbicumque sua facilitate grauitèr leditur restituitur, *l. auxilium, ff. de minor. §. pupill. auth. de hæred. & falcid. Affl. decis. 370. num. 2.* vnde si minor mutuauit pecuniam ad certam diem, vt infrà mensem restitueretur pecunia mutuata, poterit ex restitutione in integrum repetere quandocumque, quia continuò est in damno dùm pecuniam nõ habet, & signantèr si periculum sit, debitorem fieri non soluendo, *l. patri, §. si pecuniam ff. de minor.* in versic. *quod si egent*. Item etiam si pupillus mutuauerit frumentũ, vinum, vel oleum optimum, adeo quod non possit sperare restitutionem in eadẽ bonitate succurritur ei, vt frumentum,

vinum, vel oleum idem restituatur, antequàm consumetur, licèt ad consumandum datum sit.

17 Cessat ex abundanti præsumptio læsionis in mutuo respectu pupilli, vel minoris, si minor sit optimi intellectus, *Roman.in l.si viro num.26. vers.3. ff.solut. matr.* Itemque si sit scolaris, magis præsumitur in rebus necessarijs impendisse, prout in milite, *Carauetta in respõso pro Genero num.124. Menoch. cons.12. num.26.* ex quibus videtur concludendum restitutionem in integrum aduersus Ciuitatem non competere in mutuo, ex quo in regenda Ciuitate non deficit vir bonus diligēs, & industrius, & consequentèr sicuti non conceditur restitutio in integrum minori industrio, & diligenti sic etiam nec, & Ciuitati, *Dec.in l.Ciuitas sub nu.7. in fine, C.si aduers. credit.* vbi dicit nullibi cauere, quod Ciuitas restituetur aduersus mutuum.

Tamen *Fulgosius in d.l.Ciuitas* quem sequitur *Alex. sub num.13.* vers. *contrarium tamen, Alciat. num.9.* tenent oppositum, quod imò Ciuitas etiam restituatur in integrum aduersùs mutuum, nisi læsio ex fortuito casu contingat, quia Ciuitas, Vniuersitas, & Respublica symbolæ sunt in hoc casu, hac tamen differentia, quoad probationem læsionis inter minorem, & Vniuersitatem, siuè Ciuitatem: nàm Ciuitas non eodem modo, & facilitate, qua probatur in minore læsio, probet & ipsa, quia faciliùs probatur versam esse pecuniam in vtilitatē Ciuitatis, quàm minoris, & facilitas etiā præsumitur plùs quā in minore, ex quo regulatitèr à viris probatis, & regitur, & administratur Ciuitas, & vix est, vt intèr administratores non sit aliquis industrius, & diligens, & proindè licèt Ciuitati detur restitutio in integrū in mutuo, tamen illud erit quando per Ciuitatem probetur læsio *Odd. d.par. 2. quæst. 52. art.7. num. 61.* vers. *aut quærimus.*

18 Idemque dicas in pignore minori, & à minore dato; quando pignus minori datur potest restitui minor, in quo non est benè assecuratus pro suo credito, vel quia pignus non accedat ad valorem siuè summam sui crediti; vel quia licèt accedat, vel trascendat, imminet tamen periculum, vt minor illud malè perdat, restituitur tùnc minor in hoc, vt meliorem rem in pignore suscipiat, relicta suspecta, vel suum creditum repetet minor etiam ante diem solutionis, vt ex argumento legis, ait *Prætor* in verbo *contractum ff. de minorib. & l.non omnia, ff.eod. firmat Odd. d.par.2.qu.53.art.2.sub nu.9.* aut verò ipse dat pignus, & distingue, quod aut pignus consistit in re stabili, & tùnc nullus est pignoris contractus *in d.l.1.ff.de reb. cred.* aut in re mobili, & tùnc eadem ratione, de qua supra, si læsus erit per eiusmodi pignus, nempè si pro pignore dederit rem eximij valoris, vel vtilitatis respectu crediti, quod alteri debet, vel respectu aliarum rerū, quas pignorare potuisset, & creditorem assecurare sine damno proprio, vel cùm minori damno potuisset, restitui debet in permutatione illius rei pignoratæ, cùm alia minùs damnosa, vel si negotium ità patiatur, quod creditor securus esse possit sine pignore, vt penitùs ab obligatione pignoris discedatur, nullumque aliud pignus minor dare teneatur, prout etiam in regula dictorum iurium, probat *Oddus loco cit. in fine,* & quid dicendum in venditione pignoris minoris, tàm pretij, quàm conuentionalis, videndus *Odd.art.seq.*

19 Sextum est symbolum intèr mutuū, & pignus, quod sicuti filiusfam. nec dare, nec suscipere potest mutuū, & quod dare non possit nomine suo, patet *in l.2.vers.in mutui datione, ff.de reb.credit.* quod etiam intellige in causa peculij, quia tùnc condicere Pater poterit, ex quo non videtur filiofam. peculij administrationem concessisse, vt *in l.filiusfam. ff.ad Senat.Consult.Maced.*

Et quod nec suscipere mutuum possit filiusfam. prohibente *Senat. Consult. Maced.* quod etiam inhibet repetitionem aduersùs factum sui iuris, *l.1.& ibi Bart.& comm.Doct. C. ad Maced.* nisi aliæ res in fraudem eius pro pecunia, vel vndè pecunia conflari possit, quæ in mutuum venirent datæ essent, probat *Tholos.d.lib.22. cap.2. sub nu.8.* & in Regno est prohibitus omnis contractus

cùm

cùm filiofam. *per pragm.prim. ad Maced.* ad cuius saturitatem videndus *Paschal. de virib.patr.potest. cap.6.per tot.*

Sic etiam filiusfamilias, nèc suscipere,nec dare potest pignus: cùm in omni casu de iure Regni sit contractus generalitèr prohibitus,de iure verò communi sic etiam dicendum per regulas desuper mentionatas in minore,nisi deponatur pœnès filiumfam. pro custodia pignoris, vt diximus hic *cap.5. num.32.*

20 Septimum est symbolum intèr mutuum, & pignus in conditionis euentu, vt si mutuas pecunias sub eadem cõditione,si nauis ex Asia venerit,pendente conditione mutuum quidem nõ existit, & repeti solutum potest,& interim dùm pẽdet,& conditio aduenerit,vires accipit, *l. omnia cùm seq. ff. si cert. petat.* Sic etiam dicas in pignore : nàm si constituatur illud sub conditione si infrà mẽsẽ non soluerit,transacto mense quo nõ fuit facta solutio conualidatur pignus, quod ante mensem suspenditur ob conditionem adiectam, si non soluerit, & repeti posset, quia in illud tempus confertur pignus, quo adimpletur conditio ob solutionem non factam,& forma si non soluero infra mensem res tibi sit in pignore, interim non dicetur res illa pignorata ex symbola ratione, de qua in mutuo.

21 Octauum est symbolum intèr mutuũ, & pignus, quod sicuti Pater mutuã pecuniam accipiens à filio ex suo peculio Castrensi, vel quasi, obligatur naturalitèr,& ciuilitèr, *l.1. §.nec Castrense, ff.de collat.bonor.& l.cùm oportet,§.exceptis,et §.eadem obseru. ff. de bonis quæ liber.* Sic etiam ciuilitèr, & naturalitèr obligatur ex pignore recepto à filio,vt illud ei restituat, soluto debito contracto per filiũ cum Patre in illis peculijs, quia quẽadmodùm susceptum à filio retinere non potest, sic pignus ei per filium traditum restituere debet,accepto eius credito,ex quo in hoc symboli sunt filius, & Pater in contrahendo, & circa peculium profectitium alitèr diximus ad explicationem *text.in l.frater à fratre,§.quæsitum, ff.de condict. indeb.*

22 Nonum est symbolum intèr mutuũ, & pignus, quia quemadmodùm mutui negotium in ipsa constitutione, & obligatione, & repetitione quæstionem habet:nàm dant creditores, & cito vrgẽt, accipiunt debitores, & tardissimè soluunt, & proindè ad mutuum repetendũ datur actio,quæ dicitur certi condictio specialis ex mutuo,§.1.*quib.mod.re cõtr. oblig.*prout in alijs obligationibus, quã mutui,certi appellatio communis interuenire potest, & certum in illis inueniri, sic generalis quædam est certi condictio,seù petitio personalis, quæ cùm alijs actionibus propriè concurrere potest in contractibus, ex quibus certũ petitur,*l.cert.condictio,& ibì gl. in verbo certi condictio in fine.& in prin.ff.de reb. credit.* Aliundè quàm ex mutuo, *l.si ergo,& ibi gl.in verbo condictione.ff.eodem:* Interdum remanet sola,vt in casu, *d.l.si ego,l.si à furioso,l.si à me, eod.tit.* Speciales dua esse possunt,triticaria,& ex mutuo, si pecunia numerata repetitur, datur condictio mutui *si cert.petat.* si alia res certa extra pecuniam numeratam petatur, datur triticaria, siuè mensura, siuè pondere constat, siuè mobiles, siuè immobiles sint, siuè iura, siuè seruitutes vtrorumq;prædiorum,& vsusfructus,siuè illæ res certæ, siuè incertæ sint, *l.1.ff. de condict.triticaria.*Quod mutuum fuit posteà extensum ad ea, quæ certitudinem ferè æqualem rebus, pondere, numero, & mensura constantibus habent, & ad eius certitudinem, §.1.*instit.quib. mod.re contrah.oblig.*in quo aliquo modo condictioni triticariæ videtur accedere : cùm alias triticaria ad alias res pertineat incertas, ob quas triticaria potest dici arbitraria actio, qua Iudex arbitrio suo rem, quæ per eam petitur, existimat habita ratione loci, & temporis condemnationis, si res extat:sin autem perierit,temporis pro pecunia,quæ certum habet, nec arbitrariam æstimationem ex quà res aliæ extimantur, *l.1. ff.de contrah.empt.* ipsa enim rebus alijs non extimatur,*l.si ità,ff.de fideiuss.*

23 Idem dicas in pignore, ad quod vẽdicandum, licèt vt suprà diximus, actio detur pignoratitia directa debitori contrà creditorem,& actio illa sub genera li certi cõdictione comprehenditur, qui a certum cõdicitur,quod est pignus datũ,

Google

& sicuti specialis datur certi condictio ex mutuo, ità etiam specialis datur certi condictio ex pignore, quod in re tantùm consistere potest, arbitraria etiã actio, vt quoad piguoratitiam actionẽ, quæ non extat, Iudex ex suo arbitrio existimet rem loco eius traditam, quæ petitur habita ratione interitus rei pigⁿoratæ; *arg. l. 3. ff. eod. de tritic. act.* dummodò dolo, & culpa creditoris intereat pignus, & absq; dolo, & culpa si distractum non restituat, sunt enim symbolæ actiones triticaria, & pignoratitia, & si tamen in rem scriptæ, quia vtræ dantur ad condicendam rem, non verò contrà tertios, *l. vlt. C. de distract. pign.* notat *Franciscus Balduinus de pign. & hypoth. cap. 21.*

24 Decimum est symbolum intèr mutuum, & pignus, quod sicuti mutuum consistere non potest in rebus, quæ in conuentionem venire non possunt, nempè, quia prohibentur eas alienari, aut a natura, aut à lege, vel ab homine *l. si stipulor. & l. impossib. ff. de verb. oblig. l. impossibi:ium, ff. de reg. iur. l. non solum, ff. de act. §. si impossibilis instit. de inut. stipulat.* ita etiam in pignore.

Natura prohibemur rem distrahere, quæ per rerum naturã fieri, vel præstari non potest, ex regula impossibiliũ nulla est obligatio, *l. ea quæ ff. de reg. iur. l. vbi repugnantia, §. fin. ff. eod. l. intèr stipulantem, §. fin. ff. de verb. obligat.* atque ea, quę in rerum natura non sunt, vel datu impossibilia, *l. verũ est, ff. de reg. iur. l. in bello, §. facta, ff. de empt.* comprobauit *Arist. 6. politic. c. 2.* licèt per eos talitèr fingi potest ex pacto, habita ratione, quod fuerint, vel esse possint impossibilia, veluti ob dictum moræ, inora sic vocatur *in l. mora, ff. de vsucap.* qui culpa sua non persoluit rem debitam, qui potest, & debet, tenetur post eius interitum, & fingitur res esse, non tamen vt ea præstetur verè, sed bene eius æstimatio persoluatur, *l. si seruus, §. sequitur, & §. nunc videamus; ff. de verb. obligat.* ne fiat sicut solent imprendere paruli, vt si aliqua nux, pirum, malum, & eiusmodi generis fructuum ab eis auferatur, & comeditur, velle illam propriam nucem, piũ, & maluu, quæ commixta sunt numero, & indiuiduo, haud contenti recipere æquipollentia, & maiora. Rursus si quid impossibile videatur fieri, vel dari, quãdo per aliquem stat, quominùs fiat, vel detur, difficultas illa non extenditur, *d. l. stipuler, ff. de verb. oblig.*

Ab homine fit rerum prohibitio, ne in commercia, & conuentiones veniãt, vel ex conuentione, vel ex vltima volũtatis dispositione, certis de causis à iure probatis.

25 Nàm in contractibus cauere possumus, & leges rebus nostris imponere, si nostra intersit ità fieri ne rẹs alienentur, *l. ea lege, C. de condictione ob causam l. fin. C. de pact. inter empt. l. si ità quis promiserit, § ea lege, ff. de verb. obligat.* cùm nemo sine iusta causa astringi possit Dominus, pacto ne res suas alienet, *l. pen. ff. de pact. l. pen. C. de contrah. empt.*

Causa legitima erit, si quis cùm debitore paciscatur ne is vendat piguus, nempè vt saluum ius sit sibi creditori, *l. si creditor, § fin. ff. de distract. pign.* vel ne vicinus quærat aquam in suo solo, ne scilicèt stipulantis fons demisceatur, & ne venæ aquæ præcidantur, *l. aqua, §. si ff. de aqua quotid. & æstiua.*

Et in vltimis voluntatibus prohibitio alienationis, & commercij fit, vel fauore, vel odio aliquarum personarũ: nempè nè alienentur res Titio, vel Sẽpronio, vel ratione certorum contractuum, veluti si prohibeatur vendino: cùm ex ea non prohibeatur locatio, *l. in codicillis, § insuper & seq. ff. de legat. 2. l. voluntas, C. de fideicom.* Atque si fiduciarijs hæredibus prohibitiones, & restitutiones rerum impositæ sunt, quæ hæredibus, & fideicommissarijs ademunt, exceptis à iure casibus, in quibus non obstante fiducia res distrahi non prohibentur, vt *in auth. res quæ, C. commun. de leg.* & si nõ cõsentient, quibus restituendæ sunt, *l. quoties in princ. C. de fideicom.* nèc etiã admittitur alienationis prohibitio in testamento, rei quæ commercium admittit, nisi iustam habeat causam, vt *in l. filius fam. §. Diui Verus, ff de leg. 1.* Prout hominis error in rei corpore, tũc cõtractus, vel vltima voluntas non trãsfert rem, vt est casus, *l. si sterilis, §. quãnis, ff. de act. empt. l. cum ab eo, §. fin. ff. de con-*

contrah. empt. l. si fortis. C. de legat. §. si quis in nomine instit. de legat.

26 Lex quando prohibet alienationem arctiorem prohibendi nexum habet, & nullus dicitur cōtractus aduersùs eiusmodi prohibitionem factus, *l. non dubium, C. de legib. l. cùm lex, ff. de fideiussor.* vtputa si res, quæ in conuentionem deducitur lædat ius publicum, vt si pactū fiat, nè tributa soluantur intèr priuatos, hoc enim pactum impedit, quin vectigal, tributum, & census à rei possessore non petantur, *l. intèr debitorem, ff. de pact. l. omnes, C.* & relig. fund. cōparari posse, tùnc nihil sit, quia ius publicum priuatis pactionibus lædi non potest, *l. ius publicum, ff. de pact. l. quod de bonis, §. 1. ff. ad l. falcid.* & si tale pactum seruandum intèr paciscentes, *l. epistolæ, §. pactum, vt si quas summas, ff. de pact.* sic etiam quando turpitèr contrahitur lex non permittit, vtità fiat, *l. si vnus, ff. de pact. cap. fin. eod. tit. & in l. plagij, ff. de verb. sign.* accedente mala fide in possessione, qui contrà legum vetita mercatur, *l. quemadmodùm, C. de agricol. et censit. cap. 2. de his, quæ fiunt à prælat. sine cons. cap.* si contrahatur contra bonos mores, leges, Senatusconsulta, & Principum placita, *l. iurisgent. §. Prætor ait, & l. contrà iuris ciuilis, ff. de pact. l. pacta, quæ contrà C. eod.* si de futura successione regularitèr, *l. fin. C. de pact. l. pactum dotali ff. eod. l. fin. ff. de suis, et legitimis.* Ne fiant monopolia, *l. vnica, C. de monop.* ne fiat pactum de ducenda in vxorem sorore, *l. si stipulor, ff. de verb. obligat.* ne fiat cōmercium rerum sacrarū, religiosarumq; *l. 1. §. si quid quod dari, ff. de act. l. intèr stipulantem, §. sacram, ff. de verb. obligat. cap. 1. de pign. cap. nulli, et cap. si quis Presbyter de reb. Eccles. non alien. l. Sancimus, C. de Sacros. Eccles.* hæc omnia sicuti in commercio nostro nou sunt, vel esse prohibentur, non veniunt in mutuum, nec mutuari possunt.

27 Sic dicas, nèc etiā venire in pignus, & neque pignorari posse. Hinc non displicuit appignorari nō posse res alienas, *l. 1. C. si cùm res pign. dat. sit l. quæ præd. ff. si alien. res pign. dat. sit*, quod intellige eo modo, vt pluries supra diximus: nempè si sub conditione obligetur res aliena, si obligantis erit, *l. si fundus, §. aliena, ff. de pign.* vel si consentiat Dominus rei pignoratæ, *l. aliena, ff. de pign. act. l. 2. C. si res alien. pign. dat. sit*, ne seruitutes, & iura vrbanorum prædiorū tanquàm non in bonis nostris existentia pignorari possunt, *l. 1. ff. de vsufr. leg.* quia nullius vsus ea possunt tertio esse: nisi ei, qui ædificium habet proximum ex ea parte, qua habetur, qui alius præter eum, cui constituta est seruitus ante eum potest, *l. si is qui bona Reipubl. §. fin. ff. de pign.* & si seruitus rustici prædij alteri vicino obligari posit vtilitatis causa, quia et ea distrahi potest, *l. sed an viæ, ff. eod.* et si corpus, quod debet seruitutem, alienum sit, *l. loci corpus, ff. si ser. vend.* eo magis, et vsus, et vsusfructus, *l. et quæ nondùm, ff. de pign. d. l. si is quo, §. pign. ff. eod.*

28 Item res agriculturæ destinatæ nec obligari, nec capi in pignus possunt, *l. pignorum, et l. antepen. act. auth. agricultores, C. quæ res pign. obligar.* et si pro pensione prædij rustici, et tacitè, et expressè obligari possent, vtputa priuilegiata causa, *l. certi, C. locati, l. debitor factus, C. de pign.* quod priuilegium cessat in terra agricolæ, quæ nec pignorari potest, vt *in auth. vt nullus mutuans agricolæ teneat eius terram collat. 4. tit. 4. et tit. 5.* Prout nec res religiosa pignorari potest, *l. 1. §. quid ergo, ff. quæ res pign. oblig. poss.* prohibuit etiam Deus benedictus, ne vestis pauperis in pignus acciperetur, nè retineretur vltra Solis Occasum. *Exod. cap. 21.*

29 Vndecimum, & vltimum pro nùnc est symbolum intèr mutuum, & pignus: nàm quemadmodùm mutui datio fit in gratiàm vtriusque dantis scilicèt, & accipientis, dantis vt indè mereatur ex officio suo in mutui datione: cùm mutuū proximum sit donationi, munificentiæ, & pietati, quod à Deo iussum est etiam ijs, qui alioquin parùm proximorum egenorum misereātur multis abundantes *Deut. c. 15. Si vnus ex fratribus, qui morantur intrà portas Ciuitatis tuæ; in terra, quam Dominus Deus daturus est tibi, ad paupertatem deuenerit, non obturabis cor tuum, nec contrahes manum, sed aperies eàm pauperi, & dabis mutuum,*

quo

quo indigere eum perspexeris, & *Matth. 15. Qui petit à te da ei, & volenti mutuari à te, ne auertaris accipientis*, *vt suis necessitatibus ipse occurrat*, vt etiam diximus supra.

Sic etiam dices in pignore, cuius finis est, vt faciliùs, & promptiùs debitū accipiat indigēs, & creditor in tuto ponatur, & sic vtriusq; gratia fit, §. *fin. quib. modis re contrah. oblig. l. 2. §. creditor, ff. de act.* quia plus cautionis est in rē, quā in personam, *l. plus cautionis, ff. de reg. iur.*

ARGVMENTVM.

Pignus an sit symbolum cùm fideiussore.

SVMMARIVM.

1 *Fideiussor qui*
2 *Fideiussoris officium odiosum apud priscos.*
3 *Fideiussoris officium ab amicitia originem traxit.*
4 *Fideiussor, et principalis obligatus sunt symboli.*
5 *Fideiussor, qui pro inobligabili interuenit, ex sua propria obligatione tenetur.*
6 *Fideiussor non obligatur ubi principalis obligatus non est.*
7 *Fideiussor datus per Clericum in iudicio seculari non obligatur.*
Quid si principalis tempore obligationis erat laicus, et posteà efficiatur Clericus num. 8.
Quid si principalis mutauerit statum num. 9.
10 *Mandator qui.*
11 *Sponsor qui.*
12 *Constituens qui.*
13 *Expromissor qui.*
14 *Adpromissor qui.*
15 *Correus qui.*
16 *Praes qui.*
17 *Vas qui.*
18 *Apprehans personam, in quo obligetur.*
19 *Creditor non potest conuenire debitorem, vt sibi praestet secundam idoneam cautionem, vel meliùs pignus, non discussis primo datis.*
20 *Excussio fieri debet contra principalem, & pignus primo loco datum, vt deueniri possit per creditorem ad conueniendum fideiussorem, & ad secundo loco pignorandum.*
21 *Clausula in instrumento apposita per fideiussorem, nempè, & proinde renunciauit beneficio fideiussoribus, beneficio epistolae Diui Adriani, beneficio cedendarum, & beneficio nouae constitutionis de duobus reis, & omni alio iuris auxilio, seù beneficio sibi competenti quid importat.*
22 *Persona in pignus dari non potest, nec fideiussor vt ipse exoluat paenam corporalem.*
23 *Historia Damonis, & Pythiae.*
24 *Nemo potest se obligare ad manus amputationem.*
25 *Bannitus non potest seipsum occidere.*
26 *Nemo permittere debet se fame peri.*
27 *Fideiussor dotium reddendarum non datur, nec pignus.*
Quod limita primo si daretur à marito heredibus vxoris soluto matrimonio num. 28.
Item quando male tractat bona dotalia num. 29.
Item si mulier deleget restitutionem suarum dotium alicui tertio, & de veritate num. 30.
Item si daretur pignus num. 31. de veritate, vide num.
Item si dot asset extraneus, & quando num. 32.
Item si intercesserit iuramentum num. 33. Quid de iure canonico num. 34. & 45.
36 *Fideiussoria obligatio transit ad haeredes, sicut, & pignus.*
37 *Debitor potest obligare suum haeredem, & bona eiusdem, & quomodo.*
38 D. Carolus de Luca *gratis carpit* Barbatum.
39 *Fideiussor potest in plus obligari, quàm principalis.*

40 *Pi-*

40 *Pignus pro vna causa data potest pro alia causa retineri.*

41 *Fideiussor negans se esse talem amittit beneficia fideiussorum.*

42 *Creditor negans rem esse sibi pignoratam amittit ius pignoris.*

43 *Maritus negans se esse maritum, perdit beneficia competentia marito.*

44 *Negans habere pro se sententiam ammittit illius executionem.*

45 *Negans positionem aduersarij, non potest amplius illa vti.*

46 *Fideiussor negans non iustum debitum non perdit beneficia sibi competentia.*

47 *Fideiussor gratis liberatus à creditore, an agere possit contrà principalem debitorem, & quid in pignore.*

48 *Fideiussor quando liberatur à fideiussione etiam per non factam solutionem, & quid in pignore num. 49.*

50 *Bona quæ non veniunt sub generali pignore, & fideiussione, quando sub his comprehendantur.*

CAP. VIII.

PRius quàm ad peculiaria symbola intèr fideiussorem, & pignus deueniamus, est operæ pretium ante omnia dignoscendum de natura, & quidditate fideiussoris.

1 Est enim fideiussor, qui alienam obligationem in suam suscipit fidem, principali semper debitore remanente obligato, *Host. in summa huius tituli in princ. & instit. de fideiuss. in princ. l. 1. §. qui autem, & §. si aut proprio de act.* pro se nemo fideiubere dici potest, *l. hæres à debitore, & §. seruo, & §. retro, ff. de fideiuss.* prout Thales vnus ex septem Sapien-
2 tibus Græcis descriptum reliquit in tẽplo Apollinis, *Comitem æris alieni, & sponsionis esse miseriam, Plato in Carmin. & Prouerb. cap. 22. noli esse cùm illis, qui defigunt animas suas, & qui vades se offerunt pro debitis. Luca de Penna in l. quicumque nu. 9. C. de fund. pat. lib. 11.* Quod intellige, quando fideiubetur pro extraneo: nàm pro amico, proximo, & coniũ-
3 cto bene fideiussio fieri potest, et debet, quando tale officium ab amicitia originem habet, *l. 1. ff. mand.* et gratiosè fieri debet, et ex charitate: vndè si negauerit fideiubere proximus, vltrà peccatum, compelli potest de iure canonico, vt per *Archid. cap. sicut 11. q. 3. & per Lucam de Penna in d. l. quicumque*, et debet suscipere mandatum, et fideiubendi, et soluendi, vt aliàs diximus *in tract. de assist. quæst. 7. num. 20.*

Vndè fideiussio, et si sit onus susceptum alieno nomine obligatorium, tamen accessoria est obligationibus principalium, sinè quibus nullatenùs ea cõsistere potest, *l. qui contrà, & l. fideiuss. ff. de fideiussoribus, §. fideiussio instit. eod. tit.*
4 et symbolæ naturæ est cũm illis principalibus: quia fideiussor in duriorẽ causam, quàm fuerit obligatus principalis debitor, pro quo intercessit non astringitur, quamquàm obstringi in duriorẽ causam possit, et valeat, *l. græcè, §. illud commune, ff. de fideiuss. his, qui accessionis loco, l. fideiussor. §. 1. & §. fideiussores, ff. eod.*

Adeo quod tanquàm accidens, infirmato suo subiecto, cui inhæret tanquam principali obligationi, corruit et fideiussio, vt si sub impossibili conditione contractum sit, *l. si sub impossibilibus, ff. de fideiuss.* vt exceptio liberationis sine priuilegio debitori concessa, vel acquisita ad fideiussorem extenditur, *l. fin. ff. de pact.* nisi is animo donandi fideiusserit, quia tùnc etiam non abstricto debitore, teneretur, alia scilicèt ratione, quàm fideiussionis, *l. quod dictum, ff. de pact. l. nouatione. C. de fideiuss.* cùm regulare alias sit, fideiussorem, ante reũ conuentum nequeat inquietari. *l. fideiussor antequam, ff. de fideiuss.*

5 Hinc est, quod fideiussor, qui pro minore pupillo in obligationibus interuenit ex suo facto, & propria obligatione videtur se obligare principalitèr, non tanquàm fideiussor, *l. 1. ff. de fideiuss. minor. l. 2. C. eod.* quod est symbolum cùm fideiussore, serui, prodigi, & furiosi, *l. Marcellus, & l. cùm fideiubebat, ff. de fideiuss.* & qui contrà Sen. Conf. Maced. filio familias vendiderit, mortuo eo, fideiussorem à Patre accipere non potest, quia neque ciuilem, neque honorariam actionem aduersùs eum habet *l. qui contrà, ff. eod.*

6 Nèc fideiussor hoc nomine obligari potest cuius reus promittendi obligatus

rus nō eſt, *l. fideiuſſ. obligari ff. eod.* quod procedit etiam, vt ipſe fideiuſſor allegare poſſit tàm pro ſe, quàm pro principali nullitatem obligationis, in qua fideiuſſit, vt ſi ipſe fideiubeat coram Iudice ſeculari de præſentando Clericū: cùm promiſſio illa nullius momenti ſit, nec in aliquo obligat, quia non tenet principalis obligatio ex quo prohibitū in iure, vt Clerici poſſint conueniri coram Iudice laico, *auth. Sancimus, C. de Epiſc. & Cleric.* nàm fideiuſſor datus per

7 Clericum in iudicio ſeculari conuentus non obligatur *D. Præſes de Franch. deciſ. 400. num. 8.* etiam per qualemcumque cautelam *Henning. de fideiuſſ. c. 14. n. 18.* nec ſi dicatur, proprio, & principali nomine, & inſolidum, quia illa nullitas reſpectu principalis deſtruit fideiuſſionē ne dùm ſimplicem; ſed etiam vt inſolidum poſt *D. de Franch. loco cit.* comprobat *D. Reg. Latro conſult. 53. num. 34.*

8 Quod intelligitur etiam ſi principalis tempore obligationis erat laicus, & deindè efficiatur Clericus, adhùc per mutationem ſtatus ſui principalis, qui ampliùs non eſt de foro laicali, & ab eo liberatus per Clericatum, cenſetur etiā, & eius fideiuſſor liberatus, ità vt nunquàm coram Iudice ſeculari propter illam fideiuſſionē poſſit moleſtari. *D. Rouit. dicta deciſ. 19. per tot. D. de Marin. var. reſolut. lib. 1. reſolut. 139. D. Iudex Petra ſuper ritu 248. nu. 46. Farin. q. 34. n. 38. Guazzin. ad defenſ. reor. defenſ. 6. cap. 4. num. 5. Muſcatell. par. 2. ſuæ praxis fideiuſſ. q. 9. Caball. caſu 190.*

9 Ex iſta ſtatus mutatione exauritur etiam ſi reus pro quo præſtita fuit fideiuſſio effectus fuerit banditus, vel pro alio nouo debito condemnatus, quia in eo caſu fideiuſſor, qui illum repreſētare promiſit ad id non tenetur *Farinac. dicta quæſt. 34. num. 39. Giurba conſ. 35. num. 18. Vermigl. conſ. 308. nu. 323. Grat. diſcept. forenſ. cap. 708. nu. 3. Caball. conſ. 190. cent. 2. conciol. d. reſolut. 1. num. 16.* qui reprobant, cautelam traditam per *Clar. in §. fin. quæſt. 26. vbi Bacard. n. 150.* vt ſcilicèt Iudex antequàm citet, vel aliquod contrà reum attentet pro nouo delicto, citet fideiuſſorem ad repreſentandum reum, illumque in mora conſtituat, quàm cautelam non eſſe practicandam per bonos Iudices teſtatur, *Farinac. loco cit. ſub nu. 90.* quod non procedit ſi præceſſerit tantùm accuſatio, vt de magis communi opinione teſtatur *Farinac. n. 62.* & poſt eum *D. Sanfelic. deciſ. 159.*

Diuiditur fideiuſſoris nomen, in mādatorem, ſponſorem, conſtituentem expromiſſorem, adpromiſſorem, prædem, & vatem, vt notat *gl. in auth. de fideiuſſ. §. 1. in verbo fideiuſſorum.*

10 Mandatores ſunt illi, qui tantùm ante rogati mandatum fideiubent, qui ſi ſoluant, à mandantibus repetunt actionem mandati, etiam ſi pro præſente ſoluant, vel pro mandante, *l. qui fidem alter. ff. mand. Bart. in l. pen. & in l. ſi ſtipulatus, ff. eod.* qui dicit, quod fideiuſſor ante, & poſt ſtipulationem poteſt interuenire: Mandator vero ante dumtaxàt; item fideiuſſor obligatur verbis tantum, *vt in l. Blanditus, C. eod. l. 5. §. ſatis acceptio, ff. de verb. obligat.* mandator verò obligatur conſenſu, *vt in l. ſi hæreditatem, §. 1. ff. mandati*. Itèm fideiuſſor actione ſtricti iuris ex ſtipulatu tenetur; mandator verò ex bonę fidei iudicio tenetur, in vno tantum excepto caſu, quo etiam poſt ſtipulationem mandator accedit, qui habetur *in l. ſi vero remunerandi, §. ſi poſt ff. mand.* & dicitur mandator, quaſi ſuaſor, & affirmator, vt contrahatur *l. in cauſa §. 1. ff. de minor. 25. ann. Hyppolit. de Marſil. in rubr. de fideiuſſ. nu. 6. Piccardus in eadem rubr. inſtit. de fideiuſſ.*

11 Suaſor eſt, qui ſine rogatione pro alio intercedit, quaſi eo præſente debitore, habet quoque actionem mandati, cùm is, qui paſſus eſt fideiubere mandaſſe videtur, *l. ſi remunerandi, §. ſi paſſus, l. fin. & l. qui pat. ff. commod.* contra ſi inuito reo debendi fideiubeat, *d. l. qui fidem*, vt ſi quis pro abſente fideiuſſerit, non mandati, ſed negotiorum geſtorum actione experitur, *l. ex mandat. §. fin. ff. eod.* ſiquis autē pacta mercede pro alio fideiubeat in ſui periculum fideiuberet, non datur actio mandati, nec alia, ſi ſecùs datur actio vtilis, ſiuè efficax *d. l. ſi remunerandi, §. fin. ff. eod.*

12 Conſtituens eſt qui poſt obligationē tantùm accedit, *l. 1. C. de conſtit. pecun.* ad ſym-

symbolum fideiussoris, *l. 4. & fin. C. eod.* sicuti constituere est denuo pacisci, & sine solemnitate, vel stipulatione, *§. de constituta, instit. de act.* statuere, & conuenire de pecunia soluenda, quæ antea ex aliqua obligatione debebatur, *l. hactenus in princ. & l. item illa, §. quod adjicitur de constituta pecunia*, sed non in omnibus symbolizatur constitutum cū fideiuss. quia nemo pro se ipso fideiubere potest, *l. hæres à debitore, §. seruo, ff. de fideiuss.* constituere vero, & pro se, & pro alio quis potest, *§. aliud auth. vt cùm de appellat. cogn. auth. si quando, C. de constit. pecun.*

13 Expromissor est, qui promittit pro eo, qui efficacitèr obligatus non est, veluti si quis Domino pro seruo, si eum manumiserit promittat, non verò potest cùm seruo vera ciuilis nasci obligatio. *l. hoc iure, §. si quia seruo, ff. de donat. l. elegantèr, §. seruus, ff. de dolo, l. alienādo, ff. ad Vell. l. qui libertinos, ff. de oper. libert.* faciendo propriam alienam obligationem *Henriquez de fideiuss. cap. 27. n. 54.* Practicatur in Regno, quod quando præstatur iudicialis fideiussio per Clericum in iudicio seculari ad euitandam nullitatem, præstatur fideiussio per laicum per viam expromissionis secundum ritum *M.C.V.* 197. iuxta ordinem *Carauitæ*, & per eum *in ritu* 200. *num.* 3.

14 Adpromissor est ille, qui idem cùm alio promittit, cùm satis acceptio fit, *l. 5. §. satis acceptio, ff. de verb. sign. vbi Alciat lib. 1. pererg. cap. 2.* pro verbo, *expromissores*, contendit legi debere *ad promissores*, de quo latè *Motillus in praxi S.C. in gradu citat. num. 121.*

15 Correi etiam fideiussores ad inuicē videntur, *l. reos, ff. de duob. reis.* Item fideiussores alij principales, alij subsidiarij.

Principales, qui se obstringunt expressè, ijs vero non existentibus soluendo, veniunt subsidiarij ab eis nominati, *l. non ostendimus, ff. de fideiuss. §. 1. ff. de magistr. conuen.*

Intèr fideiussores, obsides quoque sunt magis symboli, quàm intèr pignora: cùm pendeat ex voluntate, & promissione, vt tamdiù teneantur, quamdiù fides ab alijs data adimpleatur *cap. ex rescripto, & cap. 9. de iureiur.*

16 Sunt, & Rædes, & Vades, quorum *M. Terentius Varro lib. 8. de lingua latina* talem adhibuit differentiam, Sponsor, & Rēs, & Vas, neque Rēs à quibus ij, sed dissimiles. Itaque Ræs, quia Magistratu interrogatus in publicum, vt præstet, à quo, & cùm respondet dicit *Præs ff. Vas* appellatur, qui pro altero Vadimonium promittebat. Consuetudo erat cùm reus esset parum idoneus, inceptis rebus, vt pro se alteri daret, à quo caueri posteà lege cęptū est ab his, qui prædia venderent. *Vade sue* darent: ab eo scribi cæptū in lege mancipiorum, nec dabitur, & *Fabr.* Præs est ille, qui populo se obligat interrogatus à Magistratu si præsit, ille respondit *Præs*, qui hodie sunt, qui sponsores Reipublicæ, vel Principi facti sunt, pro ijs, qui pecuniam publicam dispensant, quos receptores vocant, eorumque bona prædia disponunt *Budæus in l. 2. ff. de orig. iur.* de vindicijs agens ij etiam, qui publicanos, aut confideiussores locupletes esse affirmant.

Suppredes, & dici possunt, *quos contra plegios* vocant ad causam pecuniariam *Prædes* pertinent. *Vades* vero plerumque ad criminales, alijs in quibus oportet sisti aliquem in iudicio, vt quādo fideiussores dantur ratione personæ sistendæ secundum *Ausonium in Edilis.*

Qui sunt in pœnā capitali iudicio? Vas.
Quis cùm lis fuerit numeraria? Præs.

17 Et Constantinus Cæsar fideiussores pro responsione personæ adhibendos *Vades* nuncupati *in l. fin. C. de Castr. & Milit.* Hinc Vadimonium præbere, cauere per se sua fide, vel adhibito fideiussore se interfuturo iudicio, die certa, aut quandocumque Iudici visum fuerit, & vadimonio obstringi, qui in iudicium vocati ob crimina ea lege dimissi sunt; vocamus cautionem de præstando, & representando, vt suo dicemus loco. *Pius Imperator* ad epistolam *Antiochensium* rescripsit non esse in vincula conijciendum paratum præstare fideiussorem: nisi tàm grauè scelus commisisset, vt neque fideiussoribus committi debeat: verùm hanc ipsā carceris pœnam ante supplicium sustinere debere, *l. 3. ff. de cult. & exhib*

Qqq reor.

reor. In criminalibus pro qualitate eorundem, & personarum, interdum carcere recipitur reus, aliàs militi traditur, vel fideiussoribus, vel eius curatoriæ cautioni committitur, & multoties cùm mandato domi, vel per totum Curiæ palatium, vt in spontè comparentibus assiduè practicatur *in M.C.V. l.cùm Clericus, C.de Episc.& Cleric.*

Liuius, vades pro liberatione à carcere dari docet, *l. 5. secundi Belli Punici, & lib.5. decadis* Auctor secundus etiam inter fideiussores ponitur, videlicèt is, qui cùm vendente de euictione cauet, *l. illud.ff.de euict.* qui aliàs confirmator dicitur §.*non solum auth.de fideiuss. Petrus Gregor.Tholos.Syntagm.iur.ciuil.vniuers. lib.24.cap.3.*

18 Approbans verò personam obligantis non benè dicitur teneri pro eo creditori, quando vlteriùs ad nihil aliud se abstrinxerat approbans: nisi in sola nuda approbatione, nempè si quis contrahat cum Titio, quem non cognoscit, & approbator dixerit Titium cognoscere pro bono viro, & soluendo, cùm quo in eius fide liberè negotiari potest; si expleto negotio, Titius non soluerit, non per hoc approbans personam Titij tenetur in aliquo negotianti cùm Titio, ex quo simplicitèr approbans dicitur approbasse, absque præiudicio iuriū approbantis, *Bald.in cap.veniēte col.pen. de iureiur. Felin.in cap. 11. col. 16. de rescript. text. in l.peculium, §.sicut autem, ff. de pact.* cùm approbatio illa versetur circa identitatem personæ, cum qua cōtrahi poterat, *Menoch.cons.115. num.13. & cons.23.nu.23.* facit quod Doct. excipiunt *ex Paulo in l. oblig. subst. cum suis §§.ff.de verb. oblig.* verba scilicèt generalia non inducere dispositionem, nisi talitèr disponantur, & ex ijs obligatio constituatur, iuxtà quæ dixit *Campagna in cap. Regni incipit frequentèr, & inesfrenata sub num. 73.* quæ verba generalia non sunt appiccicatoria, persona enim dicitur approbata, in quantum illius qualitas est nota, nō autem in vniuersum *Franc. Aret. in l.si testamento, §. quacumque col.3. vers.si verò qualitas ista non erat nota, ff.de testam.* quæ præsumitur, & probari non debet per allegātem, *Ruin.cons.39.sub n.2. 3. & 4. vol.5.* cessante difficultate conueniendi, nempè, quod non sit minor, fatuus, filiusfam. seruus, & cæteri, cùm quibus non validè contrahitur, & si creditori imputetur suscipiendo fideiussorem minùs idoneū *l.3.ff. de fideiuss.* quia bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorem delegatum, *l.inter causas, §.abesse, ff.mād. l.qui debitorem, ff.de fideiuss. l.si arbitrio, ff.qui satisd. cog.l.1. §.illud, ff.de* & periculum ad eum, debitoris non idonei pertinet, *l.promittendo, ff.de iure dot.* nisi à debitore fuerit approbatus fideiussor, *Angel.in l.1. ff.siquis in ius voc. non iuer. Alex.cons.60.in princ.vol.5.* nisi approbans iste non sit destinatus à publico, quia tùnc suo periculo benè approbare dicitur, vt post *Alex. d.cons.60.* adnotauit etiam *Hippolytus de Marsilys rubr.de fideiuss.sub n.73.* & in hoc est

19 Primum symbolum intèr fideiussorē, & pignus: nàm quemadmodùm creditor non potest debitorem conuenire, vt sibi præstet secundùm idoneum fideiussorem, reperto primo non idoneo, etiam si industria debitoris idoneus non sit fideiussor, quia tùnc datur actio dumtaxat contrà debitorem quāti sua interest præstitum non fuisse fideiussorem idoneum, vt *in l.si quis stipulatus sit stichū, vel Pamphilum, §.fin. vbi gl.ff.de verb. oblig.* non verò ad fideiussorem nouum idoneum præstādum agere potest, prout explicat *Alex.in d.cons. 60.* & contra alios sic intelligit *gl.prædictam.* Sic etiā dicas in pignore: nā creditor incumbēs pignori non potest iurare debitorem suspectum: cùm pignus in dubio præsumatur idoneum *Afflict. decis. 312. Roman. cons. 320. circa principium, Ruin. cons.49. col.3. vol.5. Marsil. sing. 3.* qui concludit, quod donec supersunt bona fideiussoris, debitor principalis noo potest carcerari apud nos *in tract. de assist. quæst.3.num.29.*

20 Secundum est symbolū intèr fideiussorem, & pignus, quia quemadmodùm excussio fieri debet contrà principalem, antequàm inquietetur fideiussor, *Auth. præsente, C.de fideiuss.& in auth.fideiuss. in princ.* sic etiam fieri potest, & debet excussio in pignore, vt *in l. à Diuo Pio,*

§.in

§.in venditione, ff. de re iudic. vt priùs discutiantur bona minùs damnosa, vt postmodùm conquietari possint pretiosiora debitoris.

Quod symbolum sicuti est in regula, sic etiam esse videtur in limitationibus,
21 vt quemadmodùm scilicèt fideiussor renunciare potest dicto beneficio, & hoc est illud, quod importat renunciatio illa solita in instrumento adhiberi per fideiussorem, nempè, quod solemnitèr se obligauit, & renunciauit beneficio *de fideiussoribus*, beneficio *Epistolæ Diui Adriani*, beneficio *cedendarum*, & beneficio *nouæ constitutionis de duobus reis*, & omni alteri iuris auxilio, seù beneficio sibi competenti, &c. Vndè si ipse fideiussor renunciauerit huic beneficio, poterit conueniri, non excusso principali, nèc ipsum in iudicio vocato, *Spec. in tit. de renunc. §. 1. visis de beneficio:* beneficium Diui Adriani est, quod quamuis aliqui sint obligati insolidum, tamèn per eius beneficium, si omnes præsentes sint etiam soluendo tempore litis contestatæ, possunt postulare, vt diuidatur actio intèr eos, & vnusquisq; pro virili portione conueniatur, & nisi tali beneficio iuuarētur, posset creditor quem vellet insolidùm conuenire: si ergo huic beneficio sit renunciatum poterit creditor quem voluerit insolidum conuenire, de quo beneficio *Diui Adr.* habetur *in l. fin. C. de constit. pecun. & in §. si plures instit. de act.* & *in l. intèr fideiuss. ff. eod.* nisi creditor diuidat actionem, ad notata per *Afflict. decis.* 142. inibique per *Vrsill. sub num. 2. vbi num. 3.* in fine dicit, quod si ab vno meo debitore in centum petam quinquaginta, vt mihi soluantur, non fit præiudicium, quin reliqua quinquaginta non valeā petere, *l. si quidem, C. de transact. vbi Ias. & in §. si primus instit. de act. Math. sing.* 115. nisi fortè ex resta petantur, & recipiantur, quia appellatione residui totū continetur, *Bald. in l. 2. C. de hæred. instit. & in l. ab Anastasio, C. mādat: & in l. fin. C. de vsu re. iud. & in l. siquidem, C. de transact. Bart. in l. centurio col. antepen. vers. quæro quod si in substitutione, ff. de vulg. & pupill. Paul. de Castro in l. si ex pluribus, ff. de solut. Lucas de Penna in l. 1. C. de vend. rer. fisc. cùm priuat. com. lib. 10. Angelus in l. instrumenta, C. de iure fisc. lib. 10.*

Et si renunciet fideiussor beneficio cedendarum actionum, quod illud est, vt fideiussores, qui sunt obligati in vna fideiussione, siuè obligatione possint petere, quando astringuntur soluere, sibi cedi iura ab ipso creditore contrà alios fideiussores, alioquin nisi ipsis priùs cedantur talia iura, possunt recusare solutionem facere, & de hoc beneficio habetur *in l. fideiussoribus, ff. de fideiuss. l. Modestinus, ff. de solut. & in d. l. stichum, aut Pamphilum, §. pen. eod. tit.* quæ renunciatio debet esse specifica eiusmodi beneficij, aliàs non veniret sub generali illa renunciatione omni legum auxilio ex rationibus adductis per *Ludouic. Roman. consil.* 472. in eo, quod quæritur circa medium, & si renunciauerit etiā beneficio de duobus reis, de quo habetur *in auth. sed hoc itā C. eod.* quod quidem beneficium symbolum est cùm beneficio *Diui Adr.* quia per tale beneficium subuenitur duobus reis debendi, vel promittendi, vt possint postulare se non teneri, nèc conueniri posse insolidum, sed pro parte: quo renunciato, fit postulatio insolidum, *Spec. in tit. de renunc. & concl. §. 1. vers. sicut* videre post eum *de Marsil. d. rubr. sub nu. 34. vbi sub nu. 35.* explicat etiam beneficium, cui fit renūciatio per dictionē illam, *& omni alteri legum, & iurium auxilio pro se facienti*, quod per illam renunciationem non intelligatur renunciatum iuri municipali.

Sic etiam potest renunciari per debitorem beneficio, *l. à Diuo Pio §. in venditione, ff. de re iud.* cùm ad eius vtilitatē tale beneficium fuerit introductum, & non pro forma exequendi, vt diximus *in tract. de assist. quæst. 2. n. 19.* nùnc adde *D. Carol. de Luca obseruat. ad Franch.* 441. *sub num. 4. post dictum meum tract. impress.*

22 Tertium symbolum est inter fideiussorem, & pignus, quod sicuti in pignus persona dari haud potest, vt satis probauimus *in tract. de assist. quæst.* 3. vers. *contrariam opinionem sub num.* 7. etiam si pactum sit de capiendo debitorem au-

thoritate Iudicis, vt inibi *sub n.*13. vers. *contrarium*, & meliùs etiam, accedente iuramento, vt de magis communi opinione inibi *sub num.*16. adduximus etiã *Carpan. super stat. Mediol. cap.* 167. *nu.*22. quicquid de libertate alitèr sentiat *Episcop. Caramuel in Theolog. Fundamentali num.*936. quia loquitur ille, quando fit transitus à libertate ad seruitutem causa seruandæ vitæ, quæ longè pretiosior est libertate, & sic tùnc venditur seruitus, & non libertas, sic etiam fideiussor, vt ipse exoluat pœnam corporalem dari non potest, *l. si à reo*, §. *illud quod vulgo*, *ff. de fideiuss.* quia pœna corporalis ad castigandum nocentes, & non innocentes adinuenta est, *l. si pœna*, *& l. crimẽ paternum*, *ff. de pœnis*, *l. sancimus*, *C. eod. & tot. tit. C. ne fil. pro Patre*, & pœna exolui pro sontibus ob maleficia optima suadet ratio, *d. § illud, quod vulgo, & l. si unus § pacta, quæ turpem*, *ff. de pœnis. l. illud*, *ff. ad l. Aquiliam*, ipse enim reus expectare debet pœnæ exactionem, non eius hæres, vel fideiussor: prout dicimus de actione nõ numeratę pecunię, quę ideò non transit ad hæredem debitoris, si debitor ille moriatur intra biennium, quia mortuus non expectat futuram numerationem, vt per *gl. in l. final. C. de fals.* quàm inibi multum commendat *Bald. col.*1. *in fine*, & proindè confitens debitor in illo tempore se non recepisse pecuniam numeratã à creditore, euacuat exceptionem illam fauore sui hæredis, & est casus peregrinus, in quo confessio facta in articulo mortis nocet tertio, quando regularitèr non noceret, vt perbellè refert *de Marsil. loco cit. sub num.* 43. adducens *sub num.* 44. quodam decretũ Mediolanense, quo cauetur, quod standum sit vltimæ confessioni reorum factæ in spectaculo supplicij, vel super furcis circa socios, mãdatores, & alios, & quod tale decretum sit in viridi obseruãtia testatur ipse de visu. Et ex *Diuo Hieron.* singularem, & peregrinam historiam Damonis, & Phithiæ habemus, quorum alter pro redditu alterius, qui morte erat addictus Vadem, & Tyranno Dionysio dare nõ dubitauit, vt vulgo caput suum subijceret, is, cui securè viuere non licebat *in cap. cum homo* 27. *q.*5. *Cicer.*3. *offic. Valer. Maxim. lib.*4. *cap.*7. *lect. ant. Firman. lib.*5. *Diuino instit. c.*19. Vndè rectè indoleuit praxis ad sistendum reum, vt fideiussor non pœnã corporalem, sed pecuniariam dũtaxàt luat si non sistat, & si suo dolo, vel machinatione, pœnam extraordinariam, *l. si quis reum*, *ff. de custod. reor. d. cap. cùm homo vbi gl. in verbo supplicium*, *Angel. in tract. malefic. in verbo fideiussor. in princ. Rodoric. Suarez in l* 4. *tit.*3. *lib.*2. *fori num.*13. 19. *& seq. Couarr. var. resolut. cap.*8. *nu.*8. *lib.*2. qui *in versiculo ego verò*, improbat etiam si aliàs consuetudo staret in contrarium.

24 Ex quo infertur etiam, vt nemo possit se obligare ad manus amputationem *Guid. Papa decis.*278. ex illa regula, quod nemo Dominus est membrorum suorũ, & Clericus, qui hanc symbolam, vel eandem in corpus suum pœnam spontè susceperit nullitèr faceret, quinimo, & sententiam excommunicationis incurreret, *cap. contingit extra de sent. excomm. vbi gl.* & communitèr *Canonistæ Marc. decis.* 882. *par.* 2. Vndè si Regius Officialis spontè percuti compatitur, puniendus tanquàm Regi inferens iniuriam, *Paul. de Castro in l. quamuis*, *ff. de in ius vocat.*, vbi *Alex. num.*14. Item si statuto imponatur pœna pro aliquo delicto corporalis, vel pecuniaria ad arbitrium delinquentis, commisso delicto, nequit delinquens, relicta pœna pecuniaria, eligere corporalem, *Bart. in l. stichus*, *ff. de pec. leg. Dec. in l.*1. *num.*98. *C. de ser. fugit. & in cap. intèr cæteros num.* 10. *de rescript. vbi Felin. & alij.*

25 Et licet Banditus possit ab omnibus impunè occidi, seipsum tamen occidere non potest, *Bald. in l.*1. *C. de ser. fug. vbi Ias. num.*7. *&* 8. vndè *Abb. in cap. ex parte extra de sepult.* docuit, nec ratione vitãdi peccati licere seipsum occidere, vel virilia sibi amputare, nisi morbi occasione necessaria: nèc prętextu fidei, & religionis id ipsum licèt, *Tiraq. de nobilitate cap.*31. *num.*475. *Couar. in Clem. si furiosus par.*1. *in princ. nu.* 6. *ad mediũ*,

16 prout neque permittere debet se fame mori, *Bald. pract. tit. de quæst. col.* 21. & semper curare debet; vt imputetur ei, qui aliquem occidit, licèt occisus, se

mani-

manibus occisoris posuerit, & proindè de homicidio puniendus est, ac si inuitum occidisset, *Paris de Puteo de Syndicatu in verbo expositio num. 1. 2. & 3.*

17 Quartum est symbolum intèr fideiussorem, & pignus, quod licèt fideiussor dotium reddendarum non detur, *l. 1. & 2. C. ne fid. dot. dent.* diuersum est in pignore, quod pro tali causa dari potest, *l. quod autem, §. si vxor. ff. de donat. intèr virum, & vxor.* & hinc est differentia, cùm competat priuilegium prælationis vxori repetenti, non autem viro petenti, quia viro, si velit, consultum est per fideiussiones, quas potest recipere pro dote consequenda, *l. cùm dotis, ff. de iure dot.* vxor verò non potest nec velle, nec recipere fideiussores pro dote repetenda *d. l. 1. & 2. C. de fid.* Itèm quia maritus potest nolle ducere vxorem, nisi incontinenti dos detur, sed mulier non potest hoc obijcere viro, vt statim dotē restituat, cū debeat oneribus matrimonij deseruire, *Polyd. Ripa obseruat. 254. sub num. 4. 5. & 6. vers.* rationem differentiæ sequitur *Fontanella de pact. nupt. clausula 7. gl. 2. par. 7. num. 67. et 68.*

Tametsi disputabilis est articulus, si valeat datio fideiussoris in casu *d. l. 1. et 2.* quando spontè per maritum adhibetur: cùm non desint Doct. tenentes in illa spontanea præstatione, valere dationem fideiussoris, vt per *Franc. lib. 8. comment. cap. 9. num. 8.* & latiùs *Duarenus ad tit. ff. solut. matr. cap. 2.*, quod probant ex symbola ratione intèr pignus, & fideiussorem: nàm cùm pignus vxori à marito dari possit, *d. l. quod autem, §. si vxor.* cur fideiussor similitèr non dabitur *arg. l. promissor, §. vlt. ff. de constit. pecun.* Insupèr si est licitum viro recipere fideiussorem à muliere pro dote consequenda: cur vir, & vxor debeāt in hoc ad imparia iudicari, *cap. gaudemus circa medium de diuortio*, nec in aliquo irresolutum videmus de iure *ffff.* & ante dispositionem *d. l. 1. et 2.*, quod fideiussor non possit cauere pro dote, vel conseruanda, vel repetenda: Imò potiùs contrarium, cùm ædictum *de fideiussoribus* sit prohibitorium, quia omnes in omnibus casibus videntur admitti, qui non reperiuntur prohibiti, *l. 1. et l. fideiuss. §. 1. ff. de fideiuss. l. nec cùm, §. quod eos. ff. ex quib. caus. maior.* Imò videtur hoc expressiuè in indiuiduo *in l. et si fideiuss. ff. de re iudic.* quæ venit continuatiuè ad præcedentem; ex sequentibus dignoscamus, legem illā loqui in fideiussione dotis restituendæ, & concurrit quod habetur *in l. quisquis, ff. de legat. 3. et in §. seruus plurium, §. fin. ff. de legat. 1.*

Potest enim mulier petere à viro vt promittat alteri tertio per viam delegationis ipsam dotis restitutionē, & hoc non potest denegare vir, nisi aliquid incommodi suspectum haberet, vt notatur ex contrario sensu *in l. 2. in princ. ff. solut. matr.* & vlteriùs nèc negari potest, quin proptèr hoc, viro causa indignationis præstetur, vt est in causa dispositionis dictarum *ll. 1. & 2. C. de fideiuss. dot.* augetur opinio ex fauore dotis, & mulieris, nè ob viri superuenientem inopiam remaneat indotata, & dispositio dictarum legum tanquàm noua, & exorbitans non debet extendi, ad ea quæ de iure antiquo sunt permissa, & sic cùm loquatur de cautione, quæ exigitur à muliere per maritum, non debet extendi ad cautionem, quæ datur spontè à marito mulieri, quia tùnc stemus iuri antiquo: cùm in illo casu non reperiatur immutatum in eo dispositū, quæ quidem opinio nititur, & veritati in puncto, & æquitati: cùm tùnc quando spontè offert maritus, cessat ratio perfidiæ ponderata per *text. in d. l. 2.* & tanquàm fauorabilis mulieri, & doti, in dubio est tenenda.

Sed in decidendo, iudicando, & cōsulendo non est recedendum à prima communi, & ab omnibus approbata opinione, vt per *Baldum Nouellum de dote par. 6. priuil. 21. sub num. 5.* ex qua communi opinione, reicitur disputatio *Gabr. in consil. 102. n. 7. col. 2.* quod fideiussor, qui se obligauit pro restitutione dotis teneatur etiam pro fructibus, ex quo per illum *text. in d. l. 1. & 2.* ad nihilum tenetur, prout malè etiam eum sequutus fuit, *Antoninus de Amato var. resolut. par. 2. resolut. 99. sub num. 3.* quia cæteri Doctores ab ipso allegati loquuntur in hypotheca non in fideiussore, nèc in pignore strictè sūpto, vt aliàs diximus.

Limi-

Limitatur benè verum dispositio dictarum legum pluribus modis, & in quibus intrat symbolum intèr fideiussorem, & pignus, &

28 Primo limitatur, quando fideiussor datur per virum hæredibus vxoris, soluto matrimonio, de restituenda dote tempore adueniente, vel aliàs conuento, quia tùnc cessaret ratio dictæ legis, scilicèt perfidiæ, vt *in l. 1. §. quoties, ff. solut. matr.* per quem sic affirmauere *Doct. in d. l. 1.* & consentit *Nouellus loco cit. sub num. 3.*

Secundo limitatur *d. l. dispositio*, in Patre, qui potest esse fideiussor pro filio in dote restituenda, imò aliquando potest cogi ad se obligandum pro filio, vt habetur *in l. fin. C. de dot. caut. non num.* si intelligamus textum illum, quod ibi se obligauerat pro dote filius cùm Patre in eodem instrumento, tanquàm duo rei debendi, & sic insolidùm: cùm in eo cesset ratio perfidiæ ponderata per Imperatorem, *l. vlt. C. de dot. caut.* quod non procedit in alijs coniunctis: nempè in fratre, quia si vxor diceret viro, vel spōso nolo tibi committere meam dotem, nisi frater tuus pro te fideiubeat, vel vna tecū se obliget, certè ex hoc dubio procul causaretur indignatio non parua viri erga vxorem, quod de eo non confidit in dote, cui etiam, & corpus suum commisit, *l. hac lege, ff. de pact. conuent.* & vt dicit *text. in d. cap. per tuas*, & quod velit, dictum virum semper esse obligatum, & obsequiosum erga suum fratrem proptèr dictam fideiussionem, cùm intèr fratres sit stimulus, vt nolit pati alium confratrem sibi superiorem, & sic inæqualem, *l. cùm Pater, §. cust. ff. de legat. 3.* & *in l. 1. §. veteres, ff. de acq. poss.* prout etiam dices in omni extraneo, etiam insolidum, & principali nomine obligato cùm viro *Nouellus loco cit. num. 11.*

Secundo limitatur dispositio dictorum iuriū, in casu quo vir bona do talia dilapidat, & consumat, vt est casus *in l. si cùm dotem, §. cùm autem in vers. si verò dotem, ff. solut. matr.* tùnc enim si mulier petat bona prædicta sequestrari poterit vir ad euitandum dictum sequestrum præstare fideiussorem idoneum, qui se obliget vxori de conseruanda, & restituenda dote: cùm per hoc consulitur tàm viro, vt euitet dictum sequestrum, quàm mulieri pro eius indemnitate, cū hoc sit de natura sequestrationis, vt reuocetur per dationem fideiussoris, vt *in l. 1. & l. fideiussor. §. fin. ff. qui satisd. cogant. l. fin. C. de ordin. cogn.* & facit ratio æquitatis per *d. cap. per vestras*, qua concurrente potest benè substineri opinio desupèr contraria de fideiussore spontè dato à marito, & non extorto per vxorem, secundùm *Nouell. loco cit. vers. 7. vers. sexta limitatio.*

30 Tertio limitatur dispositio dictorum iurium si vellet sibi Cōsuli per viam delegationis, vt diximus mox suprà in vers. *potest etiam mulier*, videlicèt petendo mulier, quod vir restituat dotem, soluto matrimonio, alteri, quàm sibi, & hæc est cautela solita adhiberi pro mulieribus, in quantum intrat dispositio dictorum iurium, quæ debet intelligi tanquàm odiosa suis proprijs terminis, & non extendenda ad casum diuersum.

Quia per nudam hypothecam non generatur causa alicuius perfidiæ intèr coniuges: cum bona hypothecata remaneant in plena possessione apud maritum, & ideò si etiam non fuerit declarata expressa hypotheca, subesset saltim tacita per *text. in l. 1. §. 1. C. de rei vxor. act.* sed quando constituitur pignus per traditionem alicuius rei stabilis, vel mobilis, quæ fieret per virum vxori pro cautela suæ dotis, ex quo transit tùnc omnis possessio in mulierem, tàm ciuilis, quàm naturalis, & sic nulla remanet penès virum, vt habetur *in l. 1. §. per seruum, qui pignori, ff. de acq. poss. & in l. cùm notissimi, §. illud, ff. de præscript. 30. annor.* Tùnc videtur ex hoc dari occasio perfidiæ, & despectus viri contrà vxorem non confidentem de eo, prout eadem ratione dicitur de fideiussore: cùm in vtroque casu videatur mulier diffidere de marito, & sic vt ipse conciperet contra eum non paruam indignationem, & iura mandant, vt nulla sit indignatio apud eos nec perfidiæ occasio, vt *in d. l. 2. & l. reprehendenda, C. de institut. & subst.*

Et licèt *in d. l. 1. & 2.* nulla sit de pignore facta mentio, tamèn possunt verba

ba illa generalia, ibi, *nullas satisdationes* comprehendi etiam in pignore stricto ratione eiusdem ponderationis comprehensiuè, & non extensiuè factæ per Imperatorem *in d.l.* 2. & in hoc residet *Baldus Nouellus loco cit. sub n.* 10. *in fine*, & sic habes symbolum in hoc intèr fideiussorem, & pignus strictè sumptum in regula prohibitiua, quicquid dicant Doctores desuper citati in regula affirmatiua, quia ij intelliguntur iu nuda hypotheca, aliàs alloquerentur contra expressum legis intellectum, eiusque expressam rationem, quæ de sui natura comprehendit casum symbolum.

32 Quinto limita dispositionem dictorum iurium in extraneo dotante mulierem, stipulãte, & paciscẽte, qui potest omnem legem in dote ab ipso profecta imponere, vt *in l. vnica*, §. *accidit*, *C. de rei vxor. act.* & intèr extraneum dotantem, & virum vxoris nulla cadere potest perfidiæ suspictio, nec per hoc maritus contrà mulicrem indignationem aliquam, vel perfidiæ suspictionem concipere potest, quando extraneus ille sibi cauere intendit pro suæ dotis restitutione: Vndè cum non eadẽ sit æquitatis ratio ponderata per illa iura, non etiam est eadem dispositio, quæ in muliere, etiam in extraneo: quod intellige si incõtinenti extraneus dotans petierit fideiussorem, secùs si ex interuallo post traditam dotem, quia tùnc nulla facultas remanet extraneo extorquendi à viro fideiussorem, & sibi imputatur si à principio non petierit, quia priuilegia assecurationis dotium, constante matrimonio competunt mulieri, & non dotanti, vt ad propositum tradit *Nouell. loco cit. num.* 12.

33 Sexto limita dispositionem dictorũ iurium, si intercesserit iuramentum, nam tùnc secundùm aliquos Doctores *in l. si quis pro eo eo, ff. de fideiuss. & Ioann. de Imola in cap. cùm contingat de iuretur. Castr. consi.* 167. *& in l. si constante*, §. *quoties*, *ff. solut. matr.* benè valet datio fideiussoris, & pignoris, mouentur ij.

Primo, quia per iuramentum firmatur alienatio rei dotalis facta per virũ cùm consensu mulieris, quia mulier cõsentiendo viro videtur illud facere potiùs ex quadam reuerentia, quam profitetur erga virum, quàm spontanea voluntate, & sic esset causa indignationis intrinsecè, & non paruæ inter eos, & eo magis, quia proptèr hoc possit duci mulier ad inopiam, & consequentèr remanere indotata, vt explicat *text. in l. vnica*. §. *& cùm lex*, *C. de rei vxor. act.* & est ratio, quare lex ciuilis prohibet talem alienationem etiam cũ iuramento, *l. non dubium*, *C. de legib. cap. cùm contingat, & cap.* 2. *eod. tit. in* 6. dùm ibi præsupponit textus hanc ciuilem prohibitionem etiam cum iuramento; & tamèn ius canonicum, quod seruandum est in materia iuramenti, de hac ratione non curans mandat iuramentum esse seruandum, vt *in d. cap. cùm contingat, & cap.* 2.

Secunda mouetur ratione, quia si pactum de futura successione amittenda etiam cùm iuramento sit improbum de iure ciuili, tanquam factum contra bonos mores, ex quo filius dicens tale pactum valere, & consequentèr se destitutum spe successionis paternæ non curaret præstare obsequia Patri, & sic daretur occasio, vt esset rebellis, & inobediens Patri, & offenderetur ius naturale contrà *text. in l. veluti, ff. de iust. & iure*, vbi videret, & speraret se successurum Patri accederet ad obsequia paterna, & ad viuendum virtuosè, vbi alitèr sperando, sequeretur contrarium, & tamèn ius canonicum de tali ratione non curauit, volens tale iuramentum seruari per filium, vel filiam, vt *in cap.* 2. *de pact. in* 6.

Tertia mouentur ratione, quia licèt de iure ciuili improbetur donatio intèr virum, & vxorem etiam cùm iuramento, *l.* 1. *ff. de donat. inter vir. & vxor.* quia posset sequi, quod alter coniugum ex sua in alterum liberalitate induceretur ad extremam inopiam, & consequentèr causaretur inter eos vltimo loco indignatio, & perfidia ex parte illius, qui videret se, quasi omnibus bonis spoliatum ex sua, quam fecit alteri liberationẽ, dum præmebatur ex stimulis, & calore iuuentutis, cum difficilè sit reprimere iuueniles calores, vt *in l. fin.* §. *filij autem*, *C. de bon. quæ liber.* Vndè pote-

poterit sequi, quod dùm in senectutem demergunt, calores libidinis, & amoris, conuertuntur proptèr dictam causam in odium, quia calor concupiscentiæ, qui calescit, & abundat in iuuentute arescit in senectute, & tamèn de iure canonico huiusmodi donationes iuramento firmantur, secundùm communem sententiam, de qua apud *Bart. in l. si quis pro eo in 10. membro, & in l. secùs, & Angerius, ff. ad l. falcidiam Doctores omnes in d. cap. si contingat.*

35 Verum his, & similibus, non obstantibus contrarium de iure verius esse arbitror, quod scilicèt datio illa fideiussoris, sit etiam inualida, & si iuramentum intercedat, quod probo ex infrascriptis contrarijs, & magis in materia stringentibus rationibus.

Prima, quia quando lex, vel statutum prohibet actum, dirigendo verba in personam, ex quo tùnc, contrahens veniendo contra præceptum legis, vel statuti, & sic superioris mandato, non obediēs mortalitèr peccat, vt *in cap. omnis de maior. & obed. ex Bonifacio*, ideò iuramentum tanquàm nutritiuum peccati non valet, etiam si esset peccatum veniale, vt per *gl. in c. si aliquid 22. q. 4.* quia licèt per illud quis non priuetur vita æterna, tamèn differtur eius acquisitio, donèc erit in Purgatorio, *Abb. Butr. & alij de iureiur.* quod dicit *Imola* ibi, esse notandū, & ideò dicit *Bald. in l. fin. C. de pact.* quod pactum inducens peccatum veniale non valet ad euitanda mille iuramenta, licèt venialia sint plurima, *Afflict. in cap. 1. §. item iuramenta num. 64. de pace iur. firmand.*

Secunda est ratio, quia secundùm *D. Thomam 2. 2. quæst. 89. art. 3.* in respōsione ad tertium argumentum habetur, quod ex iuramento exacto per metum, duplex oritur obligatio, vna qua obligatur homini, & talis obligatio tollitur per coactionem, quia ille, qui intulit metum hoc meretur, vt ei promissum non seruetur, alia autem est obligatio, qua quis obligatur Deo, vt impleat quod per nomen eius promisit, & talis obligatio non tollitur in foro conscientiæ, vt probat *Afflict. decis. 263.* Vndè cùm in nostro casu iuramentum in foro iudiciali non potest tollere vinculum perfidiæ, quod insit ex natura contractus, vt *in d. l. 1. & 2.* non potest eodem in foro obligare fideiussorem à marito præstito pro repetitione dotis, licèt alitèr talitèr esset in foro poli.

Tertia est ratio, quia illud quod dicitur iuramentum conualidare actum, vel contractum inualidum, procedit quando contractus, super quo interponitur iuramentum non est de omni sui parte nullus: secùs quando est ipso iure nullus, & sic nullitas totalitèr exterminat contractum, vt hic, tùnc enim iuramentum super eo appositum nil operatur, nec conualidet, *Philip. Franc. Perus. in cap. quamuis de pact. in 6.* ex quo quādo contractus est ex omni sui parte nullus, iuramentum non inuenit in quo operari possit, secundùm *Felin. in cap. siuè in fide extra de iureiur.* sed in casu nostro datio fideiussoris est ipso iure nulla *d. l. 2.* ergo.

Quarta est ratio, quia ideò prohibita fuit talis fideiussionis datio, quia prospectum fuit ad statum matrimonij, in quo animi, & corporis, & maris, et fęminę magis prępualet indignatio, vt *in c. debitum de big.* nō enim debet iuramentū esse causa contraria dictæ naturę matrimonij, prout esset si firmaret talē obligationem fideiussoris contrà *dictam l. 2.* et sic esset occasio dicendi, quod magis fuit prouidus *Cæsar* in matrimonio cōtrahendo, quàm *Summus Pontifex* in eo turbando ob obseruantiam talis iuramenti, quod nullatenùs nèc dicendum, nèc excogitandum, quemadmodùm ad Summum Pontificem spectet conseruatio matrimonij.

Quinta, et vltima est ratio, quia etsi expeditissimum sit, per viam dispensationis vinculum iuramenti à Summo Pontifice, eiusque Prælatis dumtaxàt remitti posse, *cap. cùm quidem, §. vlt. de iureiur. cùm concordant.* tamèn per modū iustæ interpretationis licitum est potestatibus secularibus partes suas adhibere, & iuramenta irrita esse declarare ex ratione iuris naturalis, diuini, et humani, ex natura actus, interpretari an obliget iuramentum? vt per *Conar. cap. quamquis, §. 3. num. 38. de iureiur.* maximè quando con-

concurrit in causa iniquitas iuramenti, & recipientis turpitudo, prout in casu nostro, in quo turpiter facit mulier in recipiendo à viro assecurationem suarũ dotium, quando corpus suum, ex vi matrimonij, eius fidei committit absq; turpitudine, & perfidia; cùm de substantia matrimonij sit fides, & proles, *vulg. in-ribus*, ad quam infringendam non sufficiunt mille iuramenta, *arg. cap. Quintauallis de iureiur.* cùm symbola sint nuptias impedire, & secutas turbare: imò maius sequutas turbare, ex quo duriùs patimur acquisita perdere, quàm acquirenda dimittere, sed iuramẽtum nuptijs impedimentum afferens tanquàm odiosum, & publici vtilitati repugnans remittitur, *l. iuris gẽtium, §. si paciscear vers. & generalitèr, ff. de pact. cap. non est obligatorium de reg. iur. in 6.* eo magis quod in casu nostro, in mari, & in femina cõmiscendorum corporum miræ sunt libidines, vt ait *Cicero lib. 2. de nat. Deor.* quia cùm excogitasset Deus duorum sessuũ, rationem attribuit ipsis vt se inuicem appeterent, & in coniunctione gauderent. Itaque ardentissimam cupiditatem omnium animantium admiscuit in corporibus, vt in hos affectus auidissimè irruerent, eaque ratione propagari, ac multiplicari genera possent, refert *Lact. lib. 6. diuin. instit.* cui naturali instituto nulla occasio turbatiua accedere debet, prout esset in casu nostro, quæ omninò reijcienda, *arg. text. l. 2. C. de indict. vid. tol.* ibi, *augeri etenim magis nostram rem publicam, & multis hominibus legitimè progenitis frequentari, quàm per uriys affici volumus*, & hæc satis de sententia *d. l. 1. & 2. C. de fideiuss.*

36 Quintum est symbolum intèr fideiussorem, & pignus, quia sicuti fideiussoria obligatio transit in hæredem, *l. potest, §. fin. ff. eod. l. fideiussoris, C. eod. §. si fideiussor el 2. instit. eod. tit.*, dummodò reus principalis hæres fideiussoris non sit, quia tùnc non potest conueniri, vti hæres fideiussoris, sed tanquàm principalis per *text. in l. si debitor, ff. de separ. & in d. l. fideiussoris, vers. sed pridem*: concurrentibus enim duabus obligationibus, extinguitur fideiussoria, tanquàm minor, & remanet maior principalis obligatio, nisi illud cadat in damnum creditoris, prout restringitur *in d. l. debitor in princ.* quod procedit etiam è contrà, si fideiussor successerit principali, quia, tùnc non tanquam fideiussor, sed tanquam principalis conueniri debet, *l. generalitèr, & l. Vranius, ff. eod. Doct. in d. l. fideiussoris*, quos sequitur *Muscatell. in sua praxi fideiussoria par. 2. q. 10. num. 25.* sic dicas in pignore: nàm succedens in pignore extinguit pignus, & hæres etiã eiusque bona in pignore esse possũt, ex quo debitor obligare non tantum se suaque bona omnia potest, sed quod
37 magis eius hæredem, & successorem, eiusque bona, qui succedens posteà debitori tenetur vti principalis, vt probãt communitèr Doctores, de quibus apud *Franch. decis. 53. & 321. Minad. decis. 20. Grat. discept. forens. cap. 225. nu. 75. & 76. Bertazz. claus. 12. gl. 4. num. 2. Barbat. de assist. gl. 5. sub num. 75. vers. verum sublimitant, Fontanella de pact. nupt. cl. 4. gl. 5. num. 54. & seq. Afflict. decis. 120. & 121. Merlin. de pign. lib. 2. quæst. 16.*

Cæterùm, & si isthæc sit communis opinio, adhùc contrà eam non cessat recalcitrare naturalis stimulus in contrarium expungens, ne obligatio isthæc sit superuacanea, vel saltim non videtur frustratoria (nisi quatenùs bona hæredis censeantur obligata, quoad effectum dumtaxàt, vt possit supèr eis peti assistentia, post quàm hæreditas est adita per hæredem à defuncto obligatum, &c. quia ante aditionem prædicti creditores hæredis, qui ante aditionem contraxerunt cùm hærede erunt præferendi creditoribus debitoris defuncti, licèt ipsi antea contraxissent cùm eo, & bona hæredis antea Testator obligasset, & erit illud non confecto inuentario, quia tùnc censeretur factum defuncti ratificasse hæres.

Nèc in aliquo superest euacuatum, aduersùs motiuum ingeniosè excogitatum per *Dom. Hodiern. ad Surd. decis. 315. in vers. & quamuis*, quando dixit absurdum hoc esset, ex eo quod talis obligatio videretur conditionalis, si tamen hæres inuentarium non faciat, & sic esset contrà supradictam communem opinionem, quod testator potuerit bona

hæredis in ſpecie obligare, ex quo ſupponitur obligationem prædictam eſſe à principio puram: tamen reſpondetur, quod etſi obligatio ſit pura, nihilominùs ſi hæres inuentarium conficeret, videretur ſe abſtinuiſſe ab hæreditate, & ſic non dicetur vere hæres, vt latè *Minad.conſ.17.num.3.D.de Ponte conſ.374.num.3.Giurba deciſ.43.num.25. Anna alleg.30.num.13.Molfeſ. conſ.42. num. 29.* cùm paria ſint ab hæreditate abſtineri, & illam cùm beneficio legis adire ad finem obtinendi priuilegium, *l.fin.§.& ſi præfatam, C.de iure delib.* ſecundùm *Minad.cit.conſ.17.* & proindè obligatio nō extenderetur ad eius propria bona, ſed quatenùs ſit in hæreditate *ad text. in l. cùm à Matre, C.de reiuend.*

Quia ex iiſdem infertur, & ſi pura ſit à principio obligatio hæredis eiuſdem bonorum, ſi tamen non adeat hæres, vel ſi adeat cùm beneficio nulla, & fruſtratoria ſemper erit obligatio illa, & quando adit abſque inuentario ſufficiet obligatio, quàm contrahit hæres per aditionem illam, per quam vincitur ipſe viribus paſſiuis defuncti *ad text.in l. pro hæredit.C.de hæredit.act.cùm concord.* remanente obligatione per priùs facta à defuncto valida, in eo ſolo caſu, vt poſſit per creditorem peti etiam ſuper illis bonis aſſiſtentia, quam aliàs petere non poſſet cum non ea obligaſſet in ſpecie defunctus, & in eo extremo caſu à die aditionis dumtaxàt, quando per aliud creditori prouiſū eſt, vt agere poſſit cōtrà heredem defuncti actione perſonali, etiam contrà eiuſdem bona pro conſequutione ſui crediti, non ſibi debita, ex quo teſtator defunctus obligauit hæredem ſuum, & eius bona, ſed quia hæres adeundò, ad ea omnia teneretur actione perſonali, etiam quo ad eius bona propria: vndè ſi aditione hæreditatis confirmatur obligatio illa per priùs à Teſtatore facta de perſona, & bonis hæredis, & nullum alium effectum pariat, niſi hypothecariam à die aditæ hęreditatis, non ne quaſi fruſtratoria dignoſcitur obligatio illa, quando per eandem aditionem principaliter illud idem cauſatur, quod haud cauſaretur ceſſante aditione, & ſi per ſexcentos contractus defunctus bona ſui hæredis obligaſſet.

Parum ſimilitèr erit ſi diceretur bona hæredis non cenſeri obligata pro debito defuncti, & ſi eius perſona hæredis, & proptèr defuncti obligationem, & proptèr eiuſdem hæredis aditionem, cenſeatur actione perſonali obligatus, quia ſufficiet prædicta obligatio perſonalis hæredis dūtaxàt, vt deueniri poſſit etiam ad pignus iudiciale, vel prætorium, quod vocant, & in hoc bene vendicabit ſibi locum deciſio *S.R.C.* de qua apud *Thor.compend.deciſ. Regni* in verbo *pactum de capiēdo ſolitum apponi*, quàm aliàs improbauimus *in noſtro tract.de aſſiſtentia q.18.ſub nu.17. & 18.* cùm præiudicium nullum pariat anterioribus creditoribus hæredis in bonis ab ipſo obligatis obligatio illa: niſi à die eiuſdem aditionis, & ſi poſteà idem hæres alia contraxerit debita, cùm ſpeciali hypotheca, ex quo ſuper eius bonis iam cōtractum eſt debitum per aditionem hæreditatis factam, accedet pignus prætorium ad illud ſatisfaciendum: niſi valemus dicere in extremo poſitam quæſtionem, quando ſaltim per aditionem hæreditatis factam per hæredem bona ipſius propria, ex tùnc incipiant eſſe obligata pro debito defūcti, & conſequentèr cætera debita obligata ſuper bonis heredis ex eodem tūc, ſint poſteriora dicto debito defuncti, & tùnc eſſet quæſtio de paupere, & mendico, qui adeundo hæreditatem, aut nihil inueniat in ea, vel in ſuo patrimonio nihil aliud poſſidebat, quàm quod poterat eum introducere in carcerem, quando ſaltim actione perſonali ad id ſubijci ſe patitur.

38 Vndè ſicuti paulò maior eſt iſta quæſtio de quibus diximus *in d. tract. de aſſiſt.quæſt.3.ſub nu* 45. ſic etiam perperam, & gratis carpit *Dominus de Luca obſeruat.ad Franch.321.ſub num.7. verſ. cauendum, Barbat. noſtrum*, quia vltrà quod dictus meus *Barbatus* nihil dicit in loco citato *à Luca*, de quo ipſe ſomniatur, ſed quod dicit *ſub num.74.* videtur remiſſiuè alloquutus nec *Camanus*, quem adducit pro ſua explenda fantaſia *de Luca* fuit mihi à *Barbato* citatus, dixit dumtaxàt *Barbatus*, vtrum per illa verba.

verba. *Pro quibus omnibus obseruandis pro dicto debito obligauit seipsum, hæredes, & bona eorum omnia*, inducatur expressa obligatio bonorum hæredis in casu nostræ sublimitationis, subdit *Barbatus*, vide *D. de Franch. decis. 321. à num. 2. vsque ad finem*, vbi videtur inclinare in negatiuam, tametsi referat casum non fuisse decisum: *Barbati* dicta ad remissos Doctores diriguntur, prout etiã sic in eodem casu alloquutus *D. Arias de Mesa var. resol. lib. 3. c. 50. sub n. 36.* cur de *Luca* carpere solitus noncos carpit, quando pōpam fuę perfidiæ assiduè inanē, & vacuam sustinere conatur cõtra communes præceptores, & contrà mortuos in seuiendo, ac de morticinij lauream ambitu consequendam, nesciens, quod si Prophetæ sint mortui, adhùc ipsi viuunt in ijs, per quæ alloquuntur, si stetisset aliquantulum in hoc amicus de *Luca*, & flexum fecisset, in luce, & non in igne, carpsisset suum, quem vocat Dominum, et non *Barbatum*, qui nihil in hoc explicuit de mente sua, quando etiam *Dominus de Franchis* rectè dixerat in eo casu *ex decis. Afflict. 200. in fine*, vbi distinguendo dicit, quod aut defunctus obligauit bona hæredis, nomine hæredis, et potuit obligare, aut simplicitèr obligauit bona sua, et suorum hæredum, et non sunt obligata bona hæredum, ratio est, quàm non adducunt nec *de Franch. nec Afflict.*, quia grauãdo defunctus hæredē in eius obligatione intelligitur grauasse de bonis hæredis, quæ ad eum perueniunt, et efficiuntur sua per institutionem Testatoris, et aditionem hæreditatis, et sic bona hæredum intelliguntur bona, efficientur hæredum, quæ per priùs erant Testatoris, per eiusdem hæredis aditionem defuncti hæreditatis, nō verò propria ipsius hæredis, qui censetur grauatus prout minus, nō prout maius à Testatore, & sic benè adiunxit *de Franch.* quem non intellexit eius obseruator, adfuisse Notarij defectum, vt confirmat etiam *Arias loco cit.* vndè si nèc tutè poterat *de Luca* confutare decisionem sui Domini, quem in omni obseruatione tenebatur ab exteris defendere, ratione suscepti oneris scribendi in eius obseruationibus; nisi alitèr ipse author contrarium de iure sentiret, quando ratio, quàm adducit pro illius confutatione est penitus inefficax, & inutilis, vt par est in dispunctione principalis quæstionis, vt diximus, & quod dicit fuisse impropriè allocutum *Barbatū*, in referendo verbum eorum, ad vnum obligatū dumtaxàt, scire quærit, quod in stipulatione non loquitur obligatus, sed Notarius, qui tanquã tertius loquēs, dicit *obligauit se*, hoc est principalem suos hæredes, & bona eorum in tertijs personis, non autem in primis vt adnorare potuisset mendacia.

39 Sextum est symbolum intèr fideiussorem, & pignus, quia sicuti fideiussor potest in plus obligari, quàm ipse principalis, ex quo fideiussor potest se obligare sub quarentigia, licèt suus principalis sub ea non sit obligatus, secūdùm *Bart. in l. hi qui col. 3. in vers. quare puto eod. tit. de fideiuss.* vbi subdit etiam, quod in hoc casu potest fideiussor petere à principali, vt eum à tali obligatione liberet ante quàm conueniatur, quod notandum in praxi affirmat *de Marsil. in d. rubr. sub num. 293.* Item fideiussor pupilli, qui compromittit absque Tutoris authoritate tenetur ad pœnam, ad quã pupillus non tenetur. Rursùs potest in plus obligari fideiussor ad damnum, & interesse, *Text. in l. stipulatus, §. opus, ff. eod. & in l. ità tamen, §. in hac stipulatione, ff. iudic. solu. B ald. in suo repertorio in verbo fideiussor col. 2. Bart. in l. si ità fideiussorem, ff. eod. Doct. in l. is qui, ff. eod. & in l. 2. ff. si cert. petat.*

Vndè fideiussor si pro inuito fideiusserit, non experitur contra principalem aliqua actione, *l. remunerandi, §. si pactus, ff. mandat. l. fin. C. de negot. gest.* vel si fideiusserit animo donandi, *l. quod dictū, ff. de pact.* vel si negotium suum gerat, vt procurator in rem propriam, *l. de die, §. 1. ff. qui satisd. cog.* vel si pecuniam acceptã fideiussor suo spoponderit periculo, *l. si remunerandi, §. fin. ff mand.* vel si pro absente fideiusserit, tūc enim, non mandat. sed negot. gest. datur actio, *l. si mandata, §. si mand. ff. eod.* qui mandante muliere, fideiussit in eam, ob *Velleianum* actionem non habet, *l. quanquam igitur*, &

& l.si mulier, §. 1. *ff. ad Senat. Consult. Vell.* verùm hoc est frustratorium dictum, cũ fideiussor pro muliere intercedẽs iuuatur *Vell.* beneficio *l. mulierem, et ibi Bald. C. eod. tit.* vbi dicit, illud esse verum, et si fideiussor intercesserit non rogatus, et quod potest illud beneficium fideiussor opponere etiã post sententiã sicut posset ipsa mulier, secundùm *Bald. in l. si uxor, C. ad Velleian.* prout etiam dicendũ est in fideiussore filijfam. qui etiam, & opponere, & iuuari potest beneficio, *Maced. l. sed si Pater*, §. *nõ solum, ff. ad Maced. Doct. in l. fin. C. eod.* quod de iure cõmuni restringitur, si Pater ratum habeat mutuum factum filiofam. quod non est in nostro Regno attenta *Reg. Pragm. ad Maced.* nisi interueniat præsentia Patris.

40 Sic etiam dicas in pignore: nàm pignus vltra causam datum, potest & pro alia causa retineri, vt supra diximus, & sic vltra causam, in qua à principio cõstitutũ est pignus supponi videtur, vnita tamen ratione diuersa, quod in primo casu accidit symbolum ex voluntate fideiussoris, in secundo verò casu, prætèr voluntatem debitoris, qui in pignore vellet, vt intèrcederet minor causa, ad illud constituendum adimen sumuè.

41 Septimum est symbolũ intèr fideiussorem, & pignus, quod sicuti fideiussor negans se esse fideiussorem perdit beneficium excussionis, & cedẽdarum, quod probatur *per text. in l. sed hoc ità* §. 1. *ff. de re iud.* vbi habetur, quod negans se socium perdit beneficium ne conueniatur, nisi in quantum facere potest, quod competit socio, vt *in l. sunt qui, ff. de re iudic. & text. in l. si vnus in* §. *fin. ff pro socio.* Secundo probatur per *text. in l. sed si ex parte*, §. *interdum, ff. quod cum eo*, vbi punitur filiusfam. qui negauit se filium fam. & mẽtiendo dicit se Paterfam. Tertiò probatur ex *tex. in l. hæreditatem*, §. *fin. ff. ad l. falcid.* vbi habetur, quod hæres negans rem esse hæreditariam si cõuincatur perdit falcidiam, quem textum singularem allegat *Bald. in suo repertorio* in verbo *negatiua*, vbi dicit, quod negans symbolus est subtrahenti, & ità dixit *in c. p. ædum el 2. in 4. col. de elect. Iason. in* §. *item si quis in fraudem de act. instit.* & ex textu *in l. fin. ff. de rei vend.* vbi, quod si quis in veritate possideret aliquam rem, & contra eum agatur rei vindic. ad rem illam, ipse negat illam possidere, & conuincitur de mendacio, probans actor ipsum illam possidere, quod tùnc debet talis possessio incontinenti ab eodem auferri, & in actorem transferri, etiam nihil de suo iure probantem, de quo *text.* loquitur ex abundanti *Abbas in cap. pen. in* §. *col. de iuram. calumn. & Angel. de Aret. in* §. *in omnium instit. de act. Grat. Papiens. in forma libelli quo petitur rei vendic. in princ.* concordat *Ritus M.C.V.* 300. secundùm *Carauitã*, & ex istis benè affirmamus, quod fideiussor negans se fideiussorem si de mendacio conuincatur sibi præiudicat *Bald. in auth. contra qui propriã col.* 3. *C. de non numer. pecun.* vbi allegat *text. in l. si dubitetur, in* §. *ità demum, ff. eod. tit. de fideiuss.* vbi idem tenent *Ang. & Alex. & Ias. in l. 1. col. pen. C. de transact.* sic in specie ex longa Doctorum sem fitione, testatur etiam *Donad. de renunc. cap.* 29. *sub nu.* 56. dummodò negans habeat intentionem faciendi, & cum dolo *Marc. Ant. Cucc. in tract. de ment. circa possess. num.* 1. *Berard. Vnemense inter Hartam, obser. lib. 1. pract. obser. tit. vlt. cap.* 12.

42 Apari dices in pignore: nã creditor negans rem sibi esse pignoratam, videtur renunciare ius pignoris, secundùm *Angel. in l. Titius*, §. *Titius Seio, ff. quibus mod. pign. ve hypoth. solu. de Marsil. tàm in rubr. de fideiuss. nu.* 326. *quàm in auth. item possessor, C. qui pot. in pign. habeant.*

43 Prout etiam maritus negans se maritum perdit beneficia competentia maritis, *Bart. in l. etiam*, §. 1. *ff. solut. matrim.* post eum *Ias. in l. 1. col. pen. C. de transact.* & Dominus negans seruum damnum dantẽ esse suum, perdit beneficiũ dandi seruũ pro noxa, si de mendacio cõuincatur, *l. si seruus depositus*, §. *si negauerit, ff. de noxal. Bald. in l. 1. col.* 19. *C. de furt.*

44 Ità etiam negans habere pro se sententiam, ad instantiam appellantis petitam exhiberi, perdit vsum illius sententiæ, & imponitur perpetuum silentium, *Bald. in d. repertorio verb. negatiua in* 3. *verbo. Innoc. in cap. perpet. extra de fide instrum. in princ. arg. l. pen. ff. de interrogat. act.* & quod dictum non est alibi dicit

cit *Bald. loco cit.* vbi subdit, idem esse in quolibet instrumento, quod facit pro aliquo, illudque debeat exhibere, siuè negat se exhibere velle, quia negat illud habere, interdicitur sibi omne commodum, quòd ex eo percipere possit, allegat notabilem *text. ad hoc in l. 1. ff. de his, qui in test. del.* & quod habetur *in cap. constitutus de appellat. & Innoc. in d. cap.* prout idem etiam *Bald. in addit. ad Spec. in tit. de except. col. 3. in princ.* vbi idem dicit in scriptura priuata, sequitur *de Marsil. in d. rubr. de fideiuss. sub n. 328.* & qui negat contractum perdit beneficiū cōtractus, *Bald. in l. 1. col. 6. C. de furt.*

45 Rursùs negans positionem aduersarij, non potest postmodum ex ea iuuari, secundùm *Anch. in cap. 1. de confecr. Eccl. vel dot. in 6. Bart. in l. naturaliter, §. nihil commune col. 3. ff. de acq. possess. & Ioann. Andr. in cap. 1. de confess. in 6.* aliijq; quos adducit, sequitur *de Marsil. loco cit. sub num. 331.* dicens *sub num. 332.* quod cōtradicens libello aduersarij, non potest postea se fundari super illo libello, secundùm *Bald. in l. cùm precum, C. de liber. causa*, vbi *Salic. & Bald. in l. magnam, C. qui accusare non possunt, D. Ant. in cap. cum olim de censibus, Oldr. concl. 1. Scacc. conf. 41.* quod quis non potest se iuuari ex articulo quem negauit, & negans accidentia causæ, non potest postea ex illis se fundare, & qui non acceptat expressè verba aduersarij, non potest se ex eis iuuare, *Bald. in l. 3. in 2. not. C. de rep. hared. Iaf. in repet. l. admonendi col. 3. ff. de iureiur.* & non dicitur scriptum pro eo, qui venit contrà scriptum *Innoc. in cap. mandatum de rescript. Bald. & Salyc. in l. cùm proponas, C. de pact.* & qui venit contrà statutum non potest posteà ex eo fundari, *text. cùm gl. in cap. constitutus de rescriptis in verbo intentionem*, & sexcenta alia symbola, de quibus apud dictum *de Marsil. loco cit. num. 333. cùm seq.* quæ limitat primo, nisi fideiussor, & similes, contestando litem generalitèr neget narrata prout narrantur, &c. et secundo si tales pœniteat se negasse ante quàm probatum sit contrarium. Tertio si libellus porrectus contrà fideiussorem esset ineptus, tùnc enim fideiussor negando se esse talem in nullam incurrit pœnam, prout sing. habuit *Bald. in repet. l. edita actio col. pen. C. de edendo, Alex. in l. fin. ff. de re vend. & in l. ettam, §. licèt in donationibus col. vlt. ff. solut. matr.* sequitur *Iaf. in §. omnium num. 19. instit. de act.* vide *Donad. de renunc. lib. 2. c. 50. sub n. 285. & seq.* vbi *sub num. 288.* dicit, quod tamersi, negans non possit se fundare in positione negata, potest verò se fundare in probationibus factis super positione negata.

Limitat vlteriùs quarto loco *de Marsilijs* assumptum de fideiussore negante se esse talem, quando à fideiussore peti-

46 tur plùs debito. Puta si fideiussor in centum solueret quinquaginta, post quā solutionem fuit conuentum pro totis centum, tùnc fideiussor negando totam summam ad nihil tenetur, ex quo licitū est negare totum proptèr partem plùs petitam, vt per *gl. in cap. 2. de confess. in 6. & in cap. præsentium* in verbo *singulatim de testib. in 6. Spec. in tit. de petit. in 3. col. vers. pono, quod promisisti vbi Bald. & idem in l. ea qua quæst. 9. C. de condict. indeb. Salyc. in l. 1. q. vlt. C. de plus pet. & in l. 2. §. quod obser. in vlt. col. C. de iur. calum. & in l. properandum, §. sin autem alterutra, C. de iudic.* & aliàs limitationes, vide apud eundem *de Marsil.* cùm sufficiant, ex eis aliquas hic adduxisse tanquam frequentiores, & vtiliores saltim pro Tyrunculis.

47 Octauum est symbolum intèr fideiussorem, & pignus, quod sicuti fideiussor gratis liberatus à creditore, vel quia extraneus soluit debitum, & illud donauit fideiussori, vt repetat à principali, aut quia principalis liberauit fideiussorem remunerationis causa, prout probatur *in l. si verò non remunerandi in princ. & in §. Marcellus, ff. mand.* vbi per Doctores assignatur ratio in facto remunerationis gratia; cùm tùnc non dicatur propria donatio, & sic gratuita remissio, per quam non teneretur principalis in aliquo fideiussori gratis remisso: cùm iam præcedat saltim tacita obligatio ad antidora, prout notatur *in l. sed si lege, §. cōsuluit, ff de petit. hared.* & talis actus remuneratorius est multoties magnæ importantiæ, & effectus, vt per *Doct. in d. §. consuluit, & per Iaf. in l. ex hoc iure col. 4.*

col. 4. ff. de instit. & iure etiam *l. stipulatus fuerim in §. constipulamur col. 2. ff. de verb. oblig. & in l. Pater puella, C. de inoffic. testam. Dec. in conf. 164. Alex. conf. 55. vol. 1. Roman. conf. 310. Oldr. conf. 126. Anch. conf. 248.*

Sic etiam dices in pignore: nàm si pignus luatur per tertium ex obligatione antidotali, quam cõsequutus fuit à creditore, potest illud repetere à debitore in cuius gratia pignus tradidit creditori, verbi gratia, Titius est debitor Sempronij in viginti ducatis pro quibus Meuius nomine Titij debitoris de suis bonis tradidit pignus Sempronio creditori, si Sempronius creditor remiserit pignus Meuio ex aliqua antidorali obligatione intèr Meuium, & Sempronium, vlteriùs ipse potest repetere idem pignus, vel eius valorem in quãtum correspondet cùm debito à Titio debitore, quia remissio pignoris illius habuit causam ab obligatione antidorali, & sic ex causa onerosa, & esset, ac si ipsemet Meuius licuisset pignus ex sua propria pecunia, & proindè obligatus debitor ad illam Meuio soluendam ob effectum dictæ obligationis antidoralis, quod secùs esset si gratiosè remisisset pignus Sempronius creditor Meuio tertio, tũc enim Meuius ille non potest estimationem pignoris à Titio debitore repetere, quia remissio pignoris, & fideiussionis symbola est ad tradita per *gl. in l. eleganter in §. qui reprobos in princ. post med ff. de pign. act.*

48 Nonum est symbolum intèr fideiussorem, & pignus, quia sicuti creditor tenetur in primis, & ante omnia discutere bona principalis debitoris, & posteà deuenire ad compellendum fideiussorem, vt *in d. auth. præsente, C. de fideiussorib. & in auth. de fideiuss. in princ.* adeo quod talis discussio fieri potest, & debet etiam ad instantiã fideiussoris, in infrascriptis casibus ad finem se liberandi à fideiussione præstita, licèt regularitèr id facere non possit, *l. si pro te, C. mand. cap. fin. extra de fideiuss.*

Nempè primo agere potest fideiussor contrà principalem debitorem, si principalis cœperit dilapidare bona sua, adeo vt ad inopiam declinet *d. cap. fin. & d. l. si pro ea*, quod intellige, si id contingat post fideiussionem præstitam, aliàs si ante fideiussionem cœperit bona dilapidare, & posteà perseuerat, non dicetur superuenire inopinata causa, & consequentèr non posset agere fideiussor contrà principalem, *l. 3. §. fin. & l. 4. ff. vt in possess. legat. & l. penult. §. fin. ff. de vac. mun.* erit benè optima tùnc cautela, vt Iudex æquitatem fideiussori adhibendo prohibeat debitori vsum rerum suarum, iuxtà alia iuris præcepta *in l. 2. ff. qui sunt sui, vel alien. iur. Thol. Syntagm. iuris ciuilis vniuers. lib. 24. c. 5. sub num. 2. in fine.*

Secundus est casus: cùm fideiussor denunciauerit creditori ante quam dissipat debitor bona, distrahat pignus, vel eum ad soluendum compelliat, tùnc & si reddito debitore non soluendo non possit fideiussor actione de dolo agentem creditorẽ submouere, quia nõ videtur dolo facere, qui iure suo in nõ agendo vtitur, *l. nullus videtur, ff. de reg. iur.* regula isthæc intelligitur, quando simplicitèr fideiussor accessit ad obligationem, quia tùnc nulla fit consideratio, nùm principalis esset, vel non idoneus, & ideò non imputandum creditori minùs agenti: secùs autem si fideiussor acceptus dumtaxàt fuerit ad id, quod à principali exigi non posset *l. si non venditor, ff. de euict. l. fideiussores, ff. de fideiuss. vbi Paulus de Castro.*

Et proindè cùm ordo iuris conueniendi fideiussores hodie is sit, vt si alitèr cautum non sit, conueniantur primo debitores præsentes cùm excussione eorum facultatũ *l. 1. ff. de fideiuss. d. auth. præsente*, arbitratur in hoc *Baldus* respõsum sceuolæ *in d. l. si fideiussor.* esse antiquatum, illudque locum dumtaxàt habere si in necem ipsius fideiussoris, creditor nolit experiri contrà debitorem, qui dissipat patrimonium ne monitus à fideiussore malitijs hominũ indulgeatur: verùm in hoc tutior erit cautela, vt fideiussor soluat, & sibi faciat cedere iura, quia tùnc confestim potest contrà debitorẽ agere *l. fideiussor. ff. de fideiuss. & l. Modestinus, ff. de solut. text. in l. in quantum, §. fideiussor. ff. mand.* qui casus est symbolus fideiussori de iudicio sisti,

quia

quia tunc fideiussor agere potest antequàm soluat *text. est in l. qui mandato, §. si iudicij, ff. mand.* Item in fideiussore, qui se obligauit per instrumentum quarentigiatum seruandum, *Bald. in l. fideiussor. pro debitore, ff. de fideiussor. & in d. l. pro ea*. Itèm si foret obligatus per scripturam mercaturæ, quę in forma statuti paratam habet executionem, *Alex. in d. l. fideiussor pro venditore, ff. eod.* vbi ample se prostituit *in materia.*

Tertius est casus si ipse numerationis futurę, debitor se obligauit dato fideiussore, & is fideiussor ante numerationē denunciet creditori ne numeret, eo, quod soluendus non sit debitor, & dissipet bona: tùnc si posteà numeret adhibenda est distinctio, vt si causa superuenerit de nouo ante numerationem, & post fideiussionem, creditor, qui post denunciationem illius causæ, numerat pecuniam, suo periculo numerat, non fideiussoris: nàm monitus de causa illa superueniente de nouo, cur fideiussor non intendit stare posteà promissioni, videtur numerando creditor in dolo esse, *l. cùm Cornelius, & l. cùm quis, ff. de solut.* & si noua non fuerit causa, illud etiam est symbolum vt creditor non numeret, quia promissio de mutuando ante numerationem, nullam constituit obligationem, *l. qui pecuniam, ff. de reb. cred. l. qui Romæ, ff. de verb. oblig.*

Quartus est casus, quo ante quàm soluerit, fideiussor potest agere contra debitorem, vt se liberet, est vt si diù à solutione obligationis cessauit, *l. Lucius, ff. mand. cap. fin. de fideiuss.* vel è contrà, quando ipse fideiussor diù stetit in carcere pro debito *Bald. in cap. ex rescripto de iureiur.* & illud diu, temporis determinatio arbitrio Iudicis relinquitur, *Guid. Papa decis. 117. Afflict. decis. 241. sub num. 3. Menoch. de arbitr. lib. 2. cent. 1. casu 41. num. 3. Ruin. cons. 187. num. 12. vol. 1. Tholos. Syntagm. iur. ciuil. lib. 24. cap. 5. sub num. 5. Angelus Gratus de dit. dit. 43. sub num. 4.*

Quintus est casus si fideiussor velit in longinquas regiones abire, tùnc etiā agere potest contra debitorem, vt liberetur ab obligatione, *Panor. in cap. si fideiussio eod. tit. Spec. in tit. de Iudic. §. 1. col. pen. in vers. sed quid si fideiussor,* quod notatur pro stupendo, & vnico in mundo dicto per *Roman. sing. suo 110.* incipit *quæro à te de Marsil. d. rubr. sub nu. 216. & 295. Cassan. consuet. Burg. §. 2. rubr. de creancier prout vers. sed item quæro tit. de nantes à rachap.* prout etiam prætèr iuris communis regulas reus qui dedit procuratorem post litem contestatam, eum mutare potest per symbolam causam, quod longam peregrinationem instituerat, *l. post litem tunctam, l. aut longa, ff. de procurat.*

Sextus est casus si condemnatus est fideiussor, tùnc agere potest, aut vt defendatur, aut vt liberetur *d. l. fideiussor pro venditore, ff. de fideiuss. d. l. si pro ea, C. mand.* sed condemnatio legitima esse debet sine fideiussoris culpa ratione fideiussionis: nàm si fideiussor, vel mandator exceptione munitus, iniuria Iudicis damnatus est, neque is prouocatione vsus fuerit, non potest contra debitorem agere *d. l. si pro ea, §. fin. C. eod. d. l. excepta, ff. de fideiuss.*

Quod extende etiam, quādo fideiussor non esset condemnatus, sed de proximo veniet condemnandus, secundùm *Bald. in d. l. si pro ea q. 6. C. mandat.* & post eum *Ias. in l. diuortio, §. interdum col. 5. ff. solut. matr.* apud quem habebis in hoc plura symbola, *Marsil. sing. 106.* incipit qui de proximo est.

49 Sic etiam dicas in pignore, quia non potest procedi ad alia bona debitoris pignoranda, nisi discusso, & vendito pignore primo loco dato, vel in iudicatū capto, quia pignus censetur sufficiens pro tota quantitate debita, nisi contrarium probetur per legitimam excussionem, vt habetur *in l. à Diuo Pio, §. si pignora,* vbi communitèr *Doct. ff. de re iudic. Muscatell. in sua praxi par. 3. gl. detinebitur sub num. 28.* apud nos *in tract. de assist. q. 31. sub num. 9. vers. octauum requisitum.*

50 Decimum, & vltimum prò nùnc est symbolum intèr fideiussorē, & pignus, quod licèt ea, quæ non veniunt in generali obligatione, & hypotheca non veniunt etiam in fideiussione ratione sui symboli: tamèn ex eadem symbola ratione si non adsunt alia bona, quàm ea,

ea, quæ non veniunt ſub generali obligatione, tamèn fideiuſſor obligauit omnia bona ſua, illa rectè intelliguntur obligata; nàm ſi alitèr diceretur, ſequeretur, quod talis obligatio, & contractus nihil operaretur, quod non eſt dicẽdum, *arg. l. ampliorem, §. in refutatorijs C. de appellat.* & *cap. ſolū de maior. & obed.* cùm in lege ſcriptum ſit, quod ne dùm vti debemus ſuperfluis, ſed quod magis, vnumquodque verbum poſitum in aliquæ diſpoſitione, lege, ſtatuto, contractu, vel obligatione intelligitur eſſe, appoſitum cùm miniſterio aliquid operari, prout dicit *Bald. in rubr. C. de contrah. empt. Alex. conſ. 51. col. 2. vol. 2. conſ. 113. col. 5. Anna conſ. 90.*

Itèm adducitur pro comprobatione iſtius articuli *text. cùm gl in l. pediculis, §. itèm cùm queritur, ff. de auro, & arg. leg.* vbi habetur, quod licet in generali legato non veniunt res venales, *l. generali, §. vxori, & ibi Butr. ff. de vſufr. leg.* tamen reſtringitur, quando ſub tali legato, non poſſent niſi talia bona includi, quia tùnc continentur in legato, *Roman. in l. cùm teſtatrice, ff. ſolut. matr. Bald. in rubr. C. de verb. ſign. q. 4.* & licèt legato credito intelligatur de credito puro, & non in diem niſi in ſpecie adijciatur, *l. fundus, qui locatus. ff. de fundo inſtructo, Bald. per illum text. in l. ſi ità ſcripſiſſet, ff. de legat. 2.* tamen ſi Teſtator nullum habet creditum purum intelligitur de illo, quod habet in diem comprobat *de Marſil. d. rubr. de fideiuſſ. ſub num. 196.* vbi vtilitèr etiam adducit *Abb. in cap. in præſentia col. 5. de probat. & Bald. in l. eam quam in 12. col. C. de fideicomm.* vbi dixit, quod ſi non habeo niſi filios ſpurios, & hoc ſciens Titius mihi concedit feudū, vel emphytheuſim, pro me & filijs meis, quod tale feudum, vel emphytheuſis tranſit ad filios meos ſpurios, vt refert, & ſequitur *Barbatia in cap. veniens col. 1. de accuſat. & in cap. nonnulli de reſcript. & text. in l. hæredib. in §. fin. ff. ad Trebell.* & ſic etiam licèt in priuilegijs verbum, *filij*, non intelligatur de adoptiuis *cap. adopt. ſi de feud. fuerit contr. Spec. in tit. de loc. §. nùnc aliquis verſ. 68.* tamen illud fallit, vbi verbum *filij*, non poſſet niſi in adoptiuis verificari ſecundùm *Felin. in cap. 1. col. 5. extra de reſcript.* & ſi lego tibi æquum meum morellum, & nullum habeo morellum, ſed æquum albū, quod ille albus debetur legatario, *Alex. in l. 2. ff. de lib. & poſth.* & licèt appellatione pecudum, veniant omnia animalia quatrupedia, & quod quis legās pecora ſua non habens niſi boues illi continentur in legato, *Angel. de Aret. inſtit. ad l. Aquiliam in princ.*

Sic in pignore: nàm licèt habeamus cautum in iure, quod ea, quæ pertinent ad culturam agri pro pignore auferi nō poſſunt, vt habetur *in l. exequutores, & in l. pignorum gratia, & in auth. agricult. C. quæ res pign. oblig. non poſſ.* illud eſt vetum, quando creditor habet alia bona, vt dicit *gl. notab. in d. l. executores*, quod ſigna pro intellectu *Regia Pragm. 47. de officio S. R. C. in pragm. 1. de beſtijs Vaccinis*, quibus cauetur, executionem in Vaccinis fieri non poſſe, & *in cap. Regni Boues*, tamen ſi alia bona nō extent, poſsūt benè exequi dicta Vaccina cùm cautione de non macellando *Ann. ſing. 66. Nouar. in tract. de grauam. Vaſſall. tomo 1. grauam. 339.*

Et vlteriùs licèt in generali obligatione bonorum non veniunt bona, quæ veriſimilitèr debitor obligaturus non eſſet in ſpecie, *l. obligatione generali, ff. de pign.* vt ſunt veſtes, ſupellex, & neceſſaria vſui quotidiano, arma militis, libri Doctoris, inſtrumenta artificum, atque opificum, & ſimilia de quibus per *Bart. & Alex. in d. obligatione generali Matheſ. ſing. 137. Dec. cōſ. 30. Bocr. deciſ. 204. num. 38. Gaill. pract. obſeruat. lib. 2. obſeruat. 25. num. 6. Arius Pinellus de bon. Mat. in rubr. num. 47. in princ.* etiam ſi in obligatione eſset adiectum verbum, *omnia*, *Gait. de credito cap. 4. q. 5. n. 20. Barbat. de aſsiſt. gl. 5. ſub n. 58.* tamen quando non habet alia bona, niſi ea, quæ veriſimilitèr obligari non cenſentur, benè illa erunt obligata *Marſil. d. rubr. de fideiuſſ. ſub num. 202. Gait. d. cap. 4. quæſito 5. ſub num. 69. & ſeq.* nempè primò quando obligatio eſſet collata poſt mortem. Secundo quando expreſsè eſſent comprehenſæ in obligatione.

Et hæc ſufficiant pro materia ſymbola intèr fideiuſſorem, & pignus: nàm

ſi ve-

si vis videre materiam vulgarem de fideiuss. quæ nihil ad nos, Cõsule *Marf. d.rubr.Tholos.d. lib.25. tit. de fideiuss.Conan. lib.6.cap.6.cum seq.Lap. cap. 3. de fideiuss.oblig.Ant.Gabr.lib.3.com. opin. tit. de fideiuss.Duen.reg.308.Mascardum de probat.concl.781.Muscatell.circa modos fideiub.in sua praxi fideiussoria*, vbi viginti refert modos fideiubendi, *Caualc. de Brachio Regio parte 2.sub num. 156. cum seq.* vbi agit de carcerato relaxando sub fideiussione, *Henric. qui solemnem tractatum peregit de fideiuss.* aliosq; passim, & præsertim *Mantica de tacit. lib. 16.per tot.* vbi per plura capita pertractat materiam.

A R G V M E N T V M.

Commodatum, & depositum, in quo sint symbola.

S V M M A R I V M.

1 *Commodatum, & depositum, in quo differant.*
2 *Commodatum à quo dicitur.*
3 *Deponere apud veteres idem quòd rem abijcere.*
4 *Officium deponere dicimus, eo finito.*
5 *Dictio* De, *quid importat.*
6 *Vocula in iure nunquam perperam.*
7 *Depositum reuocatur arbitrio deponentis.*
8 *Precarium est in maiori symbolo cum deposito.*
9 *Pracarium genus est liberalitatis.*
10 *Commodatum magis symbolum est donationi causa mortis, quàm inter viuos.*
11 *Commodatarius promittens rem aliquã commodare non tenetur illam ad domum commodatarij asportare, prout è contrà in restitutione num.12.*
13 *Inueniens bona aliena non tenetur ad domum Domini, illa exportare.*
14 *Possidens rem alienam, in restituendo non tenetur ad domum Domini illam asportare.*
15 *Domino non inuento rei alienæ, restituenda est in Christo.*
16 *Commentariensis loco depositarij est.*
17 *Commentariensis vigil, & diligens esse debet.*
18 *Custos carceris assiduè visitare debet carceratos.*
19 *Iudex non audiat reum cùm sua magna comitiua.*
20 *Onus custodiendi carceratos periculosum est.*
21 *Reus quãdo ex lata culpa puniri potest.*
22 *Præsumptio est pro quolibet officiali.*
23 *Custos carceris non tenetur de carcerato, si is aufugiat per loca non cognita Custodi.*
24 *Custos carceris adhibendo solitam diligentiam in custodiendo carceratos ad aliud non tenetur.*
25 *Custos carceris an teneatur de fuga carcerati, quando carceratus aufugit opera socij ipsius custodis, & nu.26.*
27 *Nobilis quomodo ducendus ad carceres.*
28 *Custos carceris an teneatur de carcerato fugitiuo, qui de proximè erat liberandus.*
29 *Custos carceris non tenetur de carcerato aufugiente miraculosè.*
30 *Condemnatus ad furcas, si contrito laqueo non suspenditur an liberandus.*
31 *Custos carceris non tenetur de carcerato, quem generali indultu excarcerandum putabat.*
32 *Pœna carcerati aufugientis à carcere quæ sit.*
33 *Carcerum constructio ad quem spectet.*
34 *Vicina loca an teneantur contribuere pro vicino Castro reficiendo.*
35 *Depositum quomodo probetur, & num. 36. & 37.*
38 *Assertio dominij facta in instrumento, rem esse reddititiam alicui directo Domino non probat.*
39 *Confessio extraiudicialis quam probationem faciat.*
40 *Commodatum, & depositum vtrumque re contrahitur.*
41 *Commodatum, & depositum sunt symbola circa res quæ commodantur, & deponuntur.*

Digitized by Google

42 *Commodatum de facili potest transire in depositum, & quomodo num.43.*

44 *Depositarius non potest vti re deposita.*

45 *Depositum tacitum quando contrahi dicatur.*

46 *Commodatum triplici modo contrahitur, & num.50.& 51.*

47 *Culpa ex leuissima quando quis obligetur in foro cõscientia, & n.48.& 49.*

52 *Depositum triplici modo contrahitur.*

53 *Compensatio nulla admittitur in deposito, & commodato, & 54 & 55.*

56 *Depositarius, & commodatarius quando non tenentur de rebus depositatis, & commodatis respectiuè, & n.57.*

58 *Depositum, et commodatum quando restitui non debeant, et num. 59. 60. 61. 62.et 63.*

64 *Depositarius, et commodatarius non tenentur de casu fortuitu, et num.65.*

66 *Depositarius, et commodatarius possunt agere ad quamlibet rem depositatam, vel commodatam.*

67 *Actio depositi, et commodati symbola.*

68 *Actio depositi, et commodati quomodo Diuidatur inter haredes, et num. 69.*

70 *Diuisio non fit in speciebus.*

CAP. IX.

1 COmmodati, & depositi discri-
mina, ea sunt, vt in primis
regularitèr commodatum detur ad
commodum, & vsum accipientis,
2 ideò dicitur commodatum, hoc est
commodo gratis datum, vel quasi com-
modo accipientis siue vtentis datum,
Azor.instit.Moral.par.3.lib.7.cap.1. & in
hoc differt commodatum à deposito,
3 quia & si depositum apud veteres scri-
ptores significasset idem, quod rem
abijcere, & pro relicta nulliusque cura
habere, *Cic.act.3.in Verrem*, ibi, *mihi vi-
deor maximè agram, et prope depositam
Respublica partem suscepisse*, & idem
erat, quod deorsum ponere, & proin-
dè dimittere, prout apud *Torquatum
Tassum in sua Hierusalem liberata cantu
1.stanza ottaua.*

E pien di fè, di Zelo ogni mortale
Gloria, Imperio, Tesor mette in nõ cale.

Et cantu 5.stanza 12.

Ne molto impatiente è di riuale,
Ne la Donzella di seguir gli cale.

Et sic deponere capitur pro dimittere,
relinquere, prout etiam sic dici potest
onus, aut sarcinam deponere: vndè fi-
nito officio, dicimus officium depone-
re: Tamen illud verbum translatum, est
idem, quod committere, siuè credere
rem alicui, vt in ea custodienda, & ser-
uanda suam curam, & diligẽtiam adhi-
5 beat cùm additione dictionis, *De*, quæ
auget positum, *l.1.in princ.ff.depos.* quia
re vera cùm aliquid apud aliquem de-
ponitur, totum eius fidei, curæ, & dili-
gentiæ committitur, vt id custodiat,
6 *Seruius eclog.Virg.2.in vers. detenere*,
prout voculas Iurisconsulti considera-
tæ, vt perperam non sint positæ, vt *l.tri-
plici, ff.de verb.sign.ex l.re coniunct.ff.de
leg.3. l.fin.* C. *de impub.* Tamen quando
7 deponitur arbitrio deponentis reuoca-
ri potest, *l.1.§.pen.ff.depos.cap.fin.§.fin.
eod.tit.* & si apponeretur pactum de non
reuocando, *l.1.§.si sic deposuero, ff.eod.*
commodatum vero nullatenùs reuo-
cari potest, nisi expleto vsu rei commo-
datæ, vt supra diximus, & voluit etiam
Azor.loco cit.vers.diffinitur. Prout sic dif-
8 ferre dicimus à præçario, quod est cùm
maiori symbolo cùm deposito, quam cũ
commodato quoad reuocationem; ex
quo præcarium etiam conceditur pro
re vtenda, donec danti placuerit, & sic
præcarium, est symbolum commodato
circa vsum, & deposito circa reuoca-
tionem.
9 Est enim præçarium genus liberali-
tatis symbolum commodato, et dona-
tioni, *l.si pracaria, ff.eod.* donatio enim
transfert irreuocabilitèr dominium rei
donatæ donatario, *l.si quis argentum, §.
sin autẽ, ff.de donat.et tot.tit.de reuocand.
donat.* magis symbolum est donationi
causa mortis, quæ semper per nutum
dotantis reuocari potest, quam veram
10 donationẽ non esse, testatur post alios
*Mantica de tacit.lib.13.art.4.sub nu.2.3.
4.5.et 6.* et de præcario satis diximus in
nostro *tract.de assist.quast.21.à nu.6.ad
finem*, adde nùnc *Petr.Greg.Thol.syn-
tag.iur.ciuil.vniu.lib.23.cap.2.de præ-
cario.*
11 Est etiam diuarium intèr commoda-
tum, et depositum, quia licèt ego pro-
mittam commodare rem aliquam tibi,

tamen

tamen non per hoc sum astrictus illam ad domum tuam asportare, sed tu teneris venire ad domum meam, vt tibi eã mutuem siuè commodem, *Scaccia de cõmercio, et cambio*, §. 2. *gl.* 5. *sub num.* 230. *vers. confirmatur secundo*, quod secùs est in deposito, ex quo deponens tenetur venire ad domum depositarij; vt rẽ depositam accipiat, et eius restitutio in eo loco fieri debeat, *Mantic. lib.* 10.
12 *tit.* 4. *num.* 8. Prout è contrà in restitutione, quia commodatum debet restitui etiam in domo commodantis, ne ex sua largitate, & officio reportet incommodum, & expensas: nisi in gratiam dantis fiat commodatum, vel vtriusque, quia primo in casu est secùs, nempè restituẽda est res expensis commodantis, & in loco rei commodatæ in secundo casu expensis communibus, *Azor. dicta par.* 3. *cap.* 8. *lit. B.* In depositario verò restituẽda est res deposita in eo loco vbi est depositarius prout dicimus in legato, quoniam res legata ibi est consignanda vbi res est legata, *Azor. d. par.* 3. *lib.* 4. *tit. de rest. cap.* 35. *vers. tertio dicimus quandocumque, et* vers. seq. *col.* 323. sequitur *Scaccia loco cit. in vers. confirmatur*. Tertio,
13 quod ampliat in eo, qui rem inuenit, puta iumentum, vestem, crumenam, & similia, & talia bona fide teneat, vt reperto Domino quàm primum restituat, quo reperto, non debet eam ad eius domum suis mittere sumptibus, sed debet Dominus ad eam accedere, vel mittere
14 suis expensis. Prout etiam si quis quouis iusto titulo, & bona fide rem alienã possideat, is enim suis sumptibus non debet eum ad Dominum mittere, sed debet Dominus accedere, vel mittere suis sumptibus, *Azor. d. cap.* 3. *vers.* 3. *opinio col.* 328. & si Dominus, cui restituenda venict res illa sit in longinquis partibus, ità vt ad eam mitti non potest, aut non sine magno periculo, & scandalo,
15 tunc restituenda est Christo Domino Nostro, tanquàm incertorum omnium hæredi vniuersali, *Nauarr. in man. confess. cap.* 17. *sub num.* 29. *vers.* 4. *quando.*
16 Imò addas in specie depositi, quod commentariensis, qui loco depositarij habetur, vt dicit *Castr. cons.* 42., & salarium pro custodia carceratorum recipit de omni periculo, culpa, & negligentia tenetur, *l. qui mercedem, & l. videamus, & in vtraque gl. ff. loc. Bart. & cæteri in l. cũ qui, §. epistolam, ff. de furt. Boer. decis.* 215. *Paris de Puteo de Synd. in verbo carcerat. qui fugiunt, vers. fam. Petrus Pech. Zeric. de iure sist. & man. inect. c.* 27. *in princ. Gram. voto* 29 *Bald. in l.* 1. *num.* 5. *de leg. ad commentariensem, ff. eod. l. carcerary praepositis, ff. de cust. reor. cap. fin. de ren.* Qua de re
17 iste talis vigil, & diligens esse debet in officio suo, *Card. in Clem.* 1. §. *porrò n.* 11. *Caualc. de Brachio Regio par.* 2. *sub n.* 135. *Vrsill. ad Afflict. decis.* 130. *num.* 5. vt scilicèt antequàm carceratus ducatur ad carceres, carcerarius debeat exquisitè perquirere, an aliquid ferri teneat latẽs in vestimentis, & facta tali perquisitione eum remittet ad locum sibi designatum, & curet, nè aliquem alloquatur sine iussu Iudicis, & occultè intuatur, quicquid fertur ad carceratum, ne in phiola sit abscondita aliqua lima surda, vel loco vini exportetur acetum, quod cũ vrina mixtum super pauimento iniectũ, panlatim marcescit cementũ, & fiat foramen: vnde euadere valeat carceratus, & in pane ne aliquid scriptum sit in carta alba, cũ vrina, succo limonis, vel aluminis, quia propè ignem apposita litera detegitur, & eo modo dicuntur peccata scripta hoc in seculo, quæ non videntur nisi apponantur ardori ignis inferni, & in ferculis, quia multoties in eis opera consanguineorum intuitu honoris ne ob carceratorum suspendium infamiam publicam incurrant, vel astutia consociorum criminis, ne manifestẽtur à carcerato venenum inferunt, vt de exemplis patet apud *Batard. Clarũ, §. homicidium num.* 27. *& seq.* & tales consãguinei, & alij qui veneno necant carceratos, si sunt complices, & participes delicti, pro quo quis est incarceratus pœnis illius delicti feriuntur, *l. sancimus, C. de penis*, vltra pœnam criminis propinantis venenum, quæ est pœna mortis naturalis, & pœna parricidij, *Burs. cons.* 216. *n.* 41. quorum merces est à tergo munus ligatæ, *Decian. de delict. to.* 2. *lib.* 7. *cap.* 30. *num.* 7.
18 Aduertat etiam Custos carceris, vt visitet assiduè carceratos, & infirmorũ

 sta-

statim notitiam det Iudici, vt curet de Medico, & medicamentis prouideri. Vndique perquirat intus carceres clauos, gladios, vel aliud genus ferri, & extra carceres cancellos ferreos assiduè perquirat cùm malleo, stet ad fores quãdoque carceris, noctis tempore aures aurigendo, non confidat, nisi quatenùs de fide expertus est valdè, & ante quã ingrediatur ad carcerem teneat astantẽ, qui illum intus claudat, ne solus miserrimè incidat in manus carceratorum, & cùm eius vita deperdat eos, vt quotidianis exemplis edocemur.

19 Et Iudex quoque habens magnum Virum in carcere pro causa graui aperiat oculos in more gerendo cùm eo, ne suis cum magna comitiua ad eum venientibus præbeat audientiam, nisi comitiua de foris remanente, nec sinet colloqui cũ carcerato potentẽ, nisi ipse, vel alio Iudice præsẽte, vel alio, de quo ipse Iudex summoperè cõfidit, alioquin sæpè sæpiùs iustitia elusoria remanebit, præsertim quãdo sumus intèr potentes, & pro cautela, & consilio erit, vt magis doleant interessati, quã conquassetur Iudicis authoritas: nàm mos eis gerendus nõ est, qui facit vt officiat, vt euenit retroãnis in persona cuiusdã Iudicis togacuius nomẽ studio. Supprimitur, qui ducens quẽdam potentem in rheda quasi pendulatum, quando fuerũt propè Ecclesiã Spiritus Sãcti huius Ciuitatis carceratus ille nomẽ recipiendo ab illo incauto togato, vt se dimitteret orandum in dicta Ecclesia, à qua vlteriùs carceratus, & si magni generis, & fidei non exiuit, remansit togatus cùm magno nasu, & sine toga, ex quo illico per S.E. fuit officio priuatus.

20 Est enim valdè periculosum onus custodiendi carceratos, quia vltra quod custos teneatur ad eam pœnam quã plecti debebatur carceratus fugitiuus, vt *per gl. in d.l. ad commentariensem, C. de cust. reor. & l. milites, & l. fin. ff. eod. tit.* sed quod peius sine dolo, sed ex lata culpa, dumtaxàt puniri debet, *Bart. in tract. de carcere vers. quæro vlterius Gram. dicto voto 29. num. 2. 3. & 4. Afflict. in constit. Regni de officio cust. vers. sexto nota*, & in
21 hoc datur casus, in quo lata culpa, quis ad mortem punitur sine dolo ex singulari iuris prouidentia, aliàs semper in delictis requireretur dolus, vt *in l. Corn. de Sicar.* prout sic omnes intelligunt *Bart. loco cit.* nempè *Angel. in d.l. milites, & in d.l. Cornelia, & Hip. ibi ff. ad legem Cornel. de Sicar. Paris de Puteo de Synd.* in verbo *pœna capitalis* vers. *vnde si statutum puniet*, *Bonif. de Viterbo in tract. crim. tit. de carcere priu. num. 7.* & habetur in sacra litera 3. *Reg. cap. 1.* ibi, *hæc dicit Dominus, quia dimisisti virum dignum morte de manu tua, erit anima tua pro anima illius, & Ioan. Andr. in cap. omnes*, et ibi *Ioan. de Anania* vers. *quod autem carceratus de apost, & text. in l. miles concordat cùm d.l. commentariensem*, prout in vtraque lege communitèr Doctores intelligunt, hoc est, quod pro eadem pœna custos, et non pro facto maiori, quàm fugitiuus puniatur licèt *Bald. cons. 179. in ista captura lib. 2. & Ias. cons. 27. lib. 3.* respondissent, Commentariensem, siuè custodem carceris, si negligentèr versatus sit, & reus, vel debitor lapsus sit, nõ solum ad solutionem debiti a creditore compelli, vt *in l. 3. C. de exact. trib. lib. 10. l. cũ pro quo, ff. de in ius voc.* sed etiã ad præstandũ eius, quod interest teneri, maximè quando custos esset vilis, licèt regularitèr custos debeat esse nobilis, prudens, fidelis, et optimè natus per integritatem meriti *text. sing.* ad hoc *in l. 1. C. de condit. in publ. horreis lib. 10. & in d.l. ad commentarienses*, ibi, *nec putem hominem obiectum, atque vilẽ, Bart. d. tract. de carcere vers. restat modo videre Boer. decis. 217. sub num. 4.* sequitur *Menoch. de arbitr. casu 302. in princ.* quod extendũt etiam si non principalitèr, et directè per eius negligentiam debitor, vel inquisitus delapsus sit, sed suorum, quibus custodiam illius mandauit, *Bald. cons. 40. lib. 1. Oldr. cons. 84.* quia explorare eum oportuit, cuius fidei, atque innocentiæ essent, *l. fin. §. seruum, ff. naut. caup. l. stabul. l. 1. §. si quis igitur eod. tit.* nisi illi carcerẽ commisisset, cui fides, et diligentia tempore commissionis omnibus cognita, atque spectata fuisset *arg. l. 1. §. si Magistratus, ff. de Magistr. conuenct. l. litis, §. si pecuniam, ff. de neg. gest. l. 3. §. si eo tempore, ff. de admin. rer. ad ciuit. pertin. l. argen-*

gentum,ff.commodat. vide *D.Rouit.decis. 79.num.*23.

22 Et licèt, generalitèr præsumatur pro quolibet officiali, *l.*1. *C. de suspect. lib.* 10., adeo quod allegantı eius culpam incumbat onus probandi *l.* 2. *ff. de probat. Bart. in d.l.si quis argentum* §.*fin. ff. de edend.*, pro vt incommodato, si res pereat penes commodatarium non ipse probare tenetur rem peremptam, sed commodans agens contrà eum debet probare, quod eius dolo (vel culpa) de qua commodatarius tenetur, res illa perempta sit, vt post omnes affirmat, *Mascard. de probat. Concl.* 321. *in fine*, illud tamen locum non habet quando aliquod factum est contra naturam officij, vt in hoc casu, *Alciat. de præsumpt. reg.* 3. *cap.* 15. *num.*4. *verb. fallit etiam*, & ideò subdit, si carceratus euadat præsumitur contra custodem, *l. Diuus ff. de offic. Præsid. l.fin.ff.de cust.reor.*, cùm non præsumatur ferrum, & aliud instrumentum delatum ad carcerem, quo carceratus vsus ad fugam illatum fuisse sine custodis negligentia, aut culpa, etiam si carceratus aufugiat per funem, aut aliquo ab altiori loco se dimisisset *d. l. fin.* in verbo *vel se præcipitauerit*, in Regno habemus *Constitutionem Custodes de custodia carcerat.*, qua dispositum est, custodes carcerum absq; dolo, vt feriãtur pœna publicationis bonorum, & per annum in carcere.

23 Quam regulatã pœnam in custode limites. Primo, vt ea non vendicet sibi locum, quando sub terra possit, artisq; cuniculis, vel alio aliquo loco ascondito, à quo minimè aspectari potuisset talis casus, carceratus aufugiat, vt post *Amad. de histud. num.* 29. *incipit item parcitur Custodi*, testatur, *Petrus Peckius Toricens, loco cit. sub num.* 6.

24 Limitatur secundò dicta regula, vt locum sibi non vindicet, quando custos eam solitam adhibuit custodiam, & diligentiam, quam alij custodes eorum carceratis adhibuerunt, tùnc si carcerati aufugiantt, ipse custos non tenetur pæna ordinaria, sed iudicis arbitrio punietur pro modo culpæ, vt *in d. l.milites*, & *l. fin.* & *l.carcer ff. eod. Bald. d. conf.* 230. *vers. secundus act. col.*1. adeo quod si Iudici constet diligentiam adhibuisse tam de die, quam de nocte solitam adhiberi secundum ipsius exigentiam delicti, ætatem, & robusticitatem, *iuxta d.l.* 1. *ff. de cust. reor.* & *l.* 3. *C. de Episc. aud.*, ad nihilum condemnabit Iudex custodem *Paris.de Put.de syndic.* in verbo *carcer cap. Cur si plures Corn. conf.* 93. *col.* 1. *Greg. vers.* 29. *num.* 15. prout iudicatum in casu cuiusdam Hispani refert, *Boer. decis.*257. *num.*10. *Menoch.dicto casu* 320.*num.*6. quia quæ sunt ex vsu quotidiano habentur pro expressis.

25 Limitatur Tertio regula præfata, quod custos non teneatur de fuga carcerati, quando carceratus aufugit opera socij ipsius custodis, quia sanè socius à Principe, vel Magistratu propositus fuit tunc enim custos venia dignus est. *d. l. vlt. vers. interdùm ff. de cust.rer. Boer. dict. decis.* 217. *num.* 7. & *Menoch. d.casu* 302.*num.*8. & 9.

26 Quod extendunt Doctores ad proditionem Castri per socium factam, quod non teneatur alius socius secundum ipsum, & *Roman. sing.* 30. *incipit si dicat statura Laem. sing.*99. quia nemo potest à proditione se præcauere, & nulla maior pestis, quam inimicus familiaris, *ad l.* 1. *C. ad syll.* & *de Puteo d. cap. si*, vers. & *non videtur esse in culpa*, & *in cap. Carceratus aufugit cum Notario potestatis*, & *in cap.licet dicatur verb. nam etiam tenebitur custos*, & idem si socij deputati ad custodiam etiam castri diuiserunt inter se custodiam nocturnam; cum vnus, de certis ad mediam noctem, vsq; inuigilat, & alius dormiet, si interim castrum occupetur, vel captiuus fugiat, quod socius dormiens non teneatur, voluit, *Alberic. in* 2.*parte stat. quæst.*568.& *Geraldus de Petra Santa sing.* 37. Vnde infertur, quod si amicus meus fugiat, cum æquis meis, vel cùm famulo meo, non dicor ei opem præstare, quia scientia, & non ignorantia puniri debet, *l. cum Ancillis. C. de incest. nupt. Bald. in conf.* 220. *col.* 3. præsupposito Statuto, vbi allegat, *l.* 1. & 2. *de eo qui, damnum fecerit cùm armis alterius*, in Lombardia aliàs quilibet sociorum tenetur insolidum

dum secundùm eundem, *Bald. in cons. 236. col. 1.* vbi habet, quod si vnus cùm certis socijs emat datiũ Costodiæ carcerum, & aliqui carceratorum fugerint, quod quilibet tenetur insolidùm, etiam si aliqui sociorum vltimo loco dederint suos fideiussores, & quod contra primirus obligatos, & eius fideiussores potest agi adelectionem reipublicæ, vel Principis illius datij.

27 Quarto limita, vt non habeat locum dicta regula, quando is carceratus, qui aufugit ob malam adhibitam custodis diligentiam ex verisimili coniectura, & ratione præsumi non poterat, quod fugere deberet, vtputa in nobili, & viro egregio, qui pro modica summa debiti fuisset carceratus, si enim custos leuiores ei habenas reliquit, non videtur arguendus secundum, *Angel. in l. si bonæ fidei ff. de rei vend. Alciat. de præsũpt. reg. 1. præsumpt. 48. Tiraq. de nobilitate cap. 20. num. 28.* quia in talibus cessat omnis sinistra suspicio, *glos. in cap. illud 40. distint. Hippolit. de Mars. cons. 62. num. 10. col. 1. Oldr. cons. 92. Petrus de Bellaga. in Specul. princip tit. de offic. in carcerantes milites fol. 49. num. 6. Catell. Cotta in suis memor. in verbo nobilitatis*, & post alios longa remissione citatos per *Boer. d. decis. 217. sub num. 9.* qui inibi affirmat in Concilio Burdegalensi contrarium obseruatum fuisse, & rectè cùm sit illud totum Iudicis arbitrio relinquendum, qui pro sua prudentia arbitrabitur iuxtà qualitatẽ rei, & conditionem personæ, an verisimilitèr credendum sit, cum fugam arrepturum, vel non: cum incontrarium stet intentio, & voluntas creditoris, quæpotiùs attendi debet, quàm fides, & probitas debitoris, vt *in d. l. 1. ff. eod. & l. vniuersa ff. de pign. act.* quia fronti nulla est fides, vt inquit *Iuuenalis*, & *bonus text. in d. l. vt certo §. donèc potuisses*: Vnde si creditor illi nobili suo debitori non confidit, & ideo incarcerari cum fecit, cur maior fides adhibenda erit ei à Carcererio?

28 Quinto limita, vt non habeat locum dicta regula in custode carcerati, qui de recenti liberandus aufugiat, vt notat *gl. in l. pecuniam. §. si seruum. vers. sed si acceperit*, in verbo *carcere ff. de condit. ob caus. vbi Bart. in fine*, multum commendat pro carceratis, qui sunt in via absolutionis, quod non sit necesse ità diligenter eos custodire, & de *Marsil. in sua praxi. §. attingam nu. 14. cùm seq. latè Boer. loco cit. sub n. 16.* & post eum confirmat etiã, *Menoch. d. casu 302. n. 12.*

29 Sexto limitatur dicta regula, vt non habeat locum in carcerato aufugiente miraculosè, vt de *Beato Petro Vincto*, sacrosancta cantat Ecclesia, & de *Diuo Paulo*, in cuius liberatione subitò terremotus factus est magnus, itavt mouerẽtur fundamenta carceris, & statim aperta sũt omnia ostia, & vniuersorũ vincula soluta sũt, quia quæ Dei spiritu aguntur non sunt sub lege *cap. duæ sunt vers. spiritus quidem Dei lex est 219. quæst. 12. de Petro vid. capat. an si plures in fine.*

30 Vndè si condemnatus ad furcas, & suspensus liberatur ob contritum laqueum miraculosè, ampliùs suspendendus non erit, & si consuletur Princeps, prout in contingenti casu fieri debet, sic ipse piè mandare potest, vt per *Lucam de Penna in l. 1. vers. sed pone damnatus, & Decius* in verbo *fauorabiliores rei num. 8. ff. de reg. iur.* post cum *Cassan. in consuet. Burg. tit. de Inst. col. 89. in addit. Neuiz. in sua Sylu. nupt. vers. decimum octauum*, licèt contrarium tenuisset *Gugl. Rouille in descript. iust. atq; iniust. lib. 3. de exeq. Criminali versic. adhuc quæro damnatus*, dummodo id non contingat ex aliquo casu, vel aliqua machinata arte, vt apud eumdem *Boer. dicta decis. 217. num. 19.* vbi inter cætera exempla illud singulare citat suspensum fune fracto, meritis Beatæ Elisabeth liberatum, Iudicem item suspendi facere noluisse, dicendo quem Deus liberauit denuo suspendi non permittam, & de eo in personam militis falsè de adulterio accusati, qui adulter dicebatur iste tandem confessus est, quia tormenta superare non potuit, eiq; vix septimo ictu capite obtruncato, diuinitùs fuit reddita vita, qua de causa libertati ex imperiali rescripto est restitutus; prout ex *D. Hieronymo 3. parte tract. 15. epist. 86.*

31 Septimo limitatur dicta regula, vt non procedat, quando Princeps ex generali

nerali

Digitized by Google

nerali criminũ indulgentia ob nouum ingressum in Ciuitate omnibus carceratis indulxit: tùnc enim custos carceris potest carcerem aperire, & omnes carceratos incolumes dimittere absque alia Iudicis licentia, exceptis ijs, qui ob eorum atrocia crimina, reseruantur in generali indultu, vt assiduè ordinatum fuit penès ferè omnes pragmaticos *sub tit. de abolit.* indique per scribentes, vt obseruatum fuit in causa Ioannis Thomæ Zauarrone Terræ Murconi, qui ob publicam lætitiam excarceratus cùm alijs *per D. Præsidem Luceriæ*, iterum carceratus, fuit postmodum capite punitus, non obstante indultu generali concessum occasione natiuitatis Principis Caroli filij Philippi IV. Regis Domini Nostri, quæ talia crimina si expresse nō exceptuantur ab indultu dicuntur exceptuata, vide *Boer. loco cit. sub num.* 22. 23 *&* 24. & apud *Petrum Pellium d. cap.* 27. *per tot.*

32 Et pœna carcerati aufugientis fracto carcere, etiam si innocens is sit aufugiens, & denuo captus, secundùm circumstantias, & causa tàm fracti carceris, quàm carcerati aufugientis arbitraria est, vt testatur *Reg. Latro decis.* 76. *vol.* 1. *nu.* 12. & quid si fregerit carceres, & non aufugerit, vide *Thor. voto* 41.

33 Carceris constructio spectat ad Principem, et in Baronijs ad Baronem, & signantèr criminalium, vt decisum *per Sacr. Cons.* intèr Vniuersitatem Melphiguanæ, et Antonium Auellum Baronem testatur *Nouar. collect. super pragm. rubr. de carcer. collect.* 1. *n.* 4. *&* *de Grauam. Vassall. to.* 1. *grau.* 255. et debet carcer esse distinctus vnus pro maleficijs, alter ciuilis, primus deseruiet pro custodia reorum, secundus verò pro detentione debitorum, *l.* 2. *C. de exact. trib. lib.* 10. et sic decisum per se, ad fauorem Vniuersitatis Caiuani contrà Comitem Murconi *die* 19. *mensis Septembris* 1566. *in bāca Figliola* testatur *Nouar. dicta collect. num.* 6. et carcer etiam debet esse distinctus pro fœminis.

Et custodia carceratorum spectat etiam ad Baronem licèt Vniuersitates soleant assignare quotannis personam tenentem claues carcerum, qui vocatur Camerlingus, ità vt nequeant cogere Vassallos ad huiusmodi custodiā faciendam, *Cauagn. decis.* 70. *num.* 16. *lib.* 2. etiā in casibus vrgentissimis poterit duntaxàt Baro cogere Vassallos, ad custodiam carceratorum, soluto tamèn eis salario, sicut decisum extitit per *S. C.* teste *D. de Franch. decis.* 516. *num.* 10. et post eum volucre *Cancer. var. resolut. lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 233. 234. *&* 235. et in contingenti casu sic consuluisse affirmat *Capibl. de Baron. pragm.* 19. *num.* 22. *Thoro compend. decis. Regni par.* 2. in verbo *vassalli Baronum an sint cogendi pag. mihi* 712. et ratio est, de qua apud *Cancer. locò cit. num.* 243. quia Baro percipit prouentus, et introitus iurisdictionis, ideo ad eum spectant media, quibus talia extorquentur, et signantèr carcer, qui est compulsus ad soluendum per fas, et nefas.

34 Tametsi alitèr fit in reparatione Castri, à quo vicina loca sumunt defensionem secundùm *Mutam. de regal. rubr. palatia num.* 8. Vndè Vniuersitates se transigere cùm Barone pro custodia Castri ad aliquid ei soluendum annuū, vt in Terra Murconi soluitur per Vniuersitatem illam Baroni annuos ducatos 72. pro custodia eius Castri, & carcerati sunt mancipandi in loco vbi dicitur *le Case della Corte*, vbi adsunt duo carceres, vnus qui reparatur per Baronem subtus habitationem Gubernatoris in eadem domo, & dicitur carcer criminalis, alter qui nuncupatur ciuilis, & reparatur per Vniuersitatem, prout reparatur tota eiusmodi domus, est in logia eiusdem.

35 Probatur primo depositum per vnū testem de veritate numerationis, & per alios duos, qui testificantur reum esse confessum se depositum recepisse *Doct. per gl.* super verbo *pro cauto*, *vers.* sed quid si cui dixero *in l. num. quid ff. si cert. petat. Seuerinus in l. admonendi, ff. de iure iur. Spec. in* §. 1. *vers. sed pone egi contrà te ad decem in fine tit. de teste Bald. in l.* 1. *col.* 4. *post num.* 14. *vers. vnde si peto à te decem, C. de testib. Nell. in tract. de testib.* in verbo *testis inducens ad probandum mutuum nu.* 182. *Mantica dicto lib.* 10. *tit.* 10. *nu.* 28. vers. *verum planè, Mascar. d. de probat. concl.* 511. *vers. quod limitabis sub nu.* 3. latè *Caroc. tract. de depos. probat.*

36 Quod

36 Quod intelligit habere locum Mascard. loco cit. sub num. 4. dummodò depositum non excedat libram auri: nàm si exederet, tùnc deberet probari per quinque testes instrumentarios, & infra libram tres sufficiũt adducit Afflict. de feud. tit. de inuest. intèr Dominum, & Vassall. cap. si quis sc, vel Patrem nu. 3. per auth. de fide instr. §. si quis igitur iuncta gl. ibi super verbo non minùs, & Nell. in d. suo tract. de test. num. 48. super verbo de num. test. vers. si quis vult probare solutionem debit.

Secundo probatur depositum si instrumentum factum intèr te, & Titium, quod mutuum dederis Titio centum, quæ ego apud te deposueram, tale instrumentum bene depositum probat. Bald. in l. desiderium, C. depositi, qui ait difficilè esse alibi hunc eundem casum reperiri, quod dicit etiam Curt. Sen. in d. l. admonendi n. 128. ff. de iure iur. & in l. 1. num. 29. C. de edendo, post eos Mantica d. lib. 10. tit. 10. nu. 29. Alban. cons. 425.

37 Quod intellige id esse contra regulam ratione sui specialitatis priuilegij in deposito, per text. in l. publia, §. fin. ff. depos. & l. cùm de indebito, ff. de probat. cap. si cautio de fide instr. Surd. cons. 151. Vin. decis. 191. n. 2. 3. & seq. Griuèll. decis. Dolan. 83. per totum, ac etiam quia in casu d. l. desiderium, vtraque pars illud allegabat instrumentum, illudque allegatione probabat, vt per Cyn. & Bald. inibi, & Ripa in d. l. admonendi num. 155. Surd. cons. 60. n. 19. & depositarius conficiendo instrumentum, nullatenùs negare poterit, debitum in eo contentum, depositarius allegabat instrumentum, illudque confitebatur, ideò negare non poterat debitum depositatum, quia dicendo verum instrumentum, implicitè declaratur verum depositum, Gait. de credito cap. 2. tit. 3. sub num. 250.

Quod secùs est in alijs cõtractibus, in quibus secundùm Bart. in d. l. admonendi n. 32. opinionem ab omnibus amplexã, semiplenam dũtaxàt induci probationem, prout receptissimam hanc esse opinionem testatur Franc. Crem. cons. 407. num. 4. Ruin. cons. 40. num. 5. & cons. 141. num. 9. lib. 5. Menoch. cons. 39. nu. 12. vol. 1. Mascard. de probat. concl. 1224. n. 3. Surd. cons. 60. lib. 1. num. 10. & 20. & decis. 10. num. 6. Grat. discept. forens. cap. 239. n. 19. vol. 4. Præses de Franch. decis. 694. vbi testatur S. C. declarasse, confessionem in scriptura cõtentam, non operari intèr diuersas, & alias personas, & si operetur aditionem, Rouit. super pragm. in rubr. de appret. in nouiss. impress. num. 20. & seq. vbi subdit confessionem emanatam in libro appretij continere creditum in fauorem tertij absentis non præiudicare confitentem, Surd. cons. 277. num. 26. lib. 2. & decis. 250. num. 6.

38 Prout nec sufficeret assertio dominij facta in instrumento alicui directo Domino: cùm ex ea nõ probetur directum dominium, & ità decisum contrà Mendell. & Gen. primum cons. 425. & secundũ de verb. enunc. lib. 21. q. 45. num. 7. testatur Surd. dicta decis. 10. num. 5. et 6. Guid. Papa decis. 24. Papin. lib. 13. tit. 2. arrest. 19. licèt instrumentum illud fuisset antiquum, in quo facta esset talis assertio D. Consil. Hodierna ad Surd. dicta decis. 10. nu. 4. dicens secùs esse, si essent plura instrumenta antiqua, in quibus appareret hoc enunciatum fuisse, tùnc enim rectè probaretur directum dominium, secundùm Bald. et Castr. in l. cùm aliquis, C. de iure delib. & post eos Camil. de Medic. cons. 9. num. 15. Farinac. in decis. Rot. Rom. 391. num. 2. et decis. 29. num. 3. in nouis; Thes. quæst. forens. lib. 4. quæst. 42. dummodò talia instrumenta non deueniant ab ijsdem personis, sed à diuersis, vel si vltra vnicam assertionem non adesset etiam dominij recognitio, vt apud eum Hod. loco cit. sub num. 9. et seq. qui de cõmuni, & sic decisum testatur.

Quæ intelligit ipse D. Hodierna sub num. 12. vt non probetur dominium directum contrà tertium, quando tertius ille causam non habet à recognoscente, secundùm Mastrill. decis. 227. in casibus, in quibus sola recognitio probaret dominium contra recognoscentem, in eisdem casibus probaret etiam contrà tertium possessorem habentem causam ab ipso recognoscente auth. qui res iam diuis, C. de Sacr. Eccles. Salyc. in l. fin. C. de iure emphyt. Soccin. cons. 50. col. 2. lib. 4. et cons. 67. col. 3. eod. lib. ind. Rodocr. ad D. Reg. de Marin.

39 Et

39 Et confessionem extraiudicialem, quam probationem facere posse absente parte, *Alciat. decis. 364. n. 4. & 365. num. 5. Gabr. concl. 1. n. 2. tit. de probat. Thor. Compend. decis. Regni* in verbo *confessio extraiudicialis*.

Et illud quod diximus, instrumentum depositi non munitum tribus, vel quinque testibus nō probare per dispositionem, *d. §. si quis igitur*, per quem fatetur etiam *Decian. responso 109. num. 81. num. 2.* depositum non posse probari per solam scripturam, nisi notetur tribus testibus, secundum *Bald. in l. ex contractibus §. 1. num. 7. in fine ff. de non numer. pecun.* habet locum, quando debitor negat vtrumque, scripturam scilicet, & debitum, *Bart. in l. scripturas num. 1. in fine. C. qui pot. in pign. hab.* Si verò neget debitum dumtaxat, & non scripturam, non est eurandum, nisi in eo casu, quo scriptura esset de essentia contractus, *l. contrahi ff. de pign. Bart. in l. scripturas in princ.* & testes requisiti *in d. auth.* non sunt de essentia, vel forma ad probandum mutuum per scripturam, sed de consilio dùmtaxat, vt si scriptura negetur, facile per testes probari posset, alioquin non posset sufficere ad probationem, vt in *auth. si quis vult cautè deponere Cod. qui pot. in pign. hab.* & si de iure tres testes requirantur ad conficiendum publicum instrumentum, vt *in d. l. scripturas Salyc. in d. auth. si quis vult*; In Regno sufficiunt duo per *Constitutionem, instrumentorum robur*, & *Constit. Baiul.* in quo si constet de deposito sufficiet ad obtinendum.

Sic etiam probari debet commodatum, quod similitèr non prohibetur probari quocunque genere probationis: Vnde sicut depositū probatur per confessionem, sic etiàm, & commodatum, in quibus secundùm cautelam traditam à *Mascardo* in vtroque loco scribitur per creditorem coram testibus de dicto deposito, vel commodato, & transfertur per eosdem testes, vel illis comitantibus epistola ad debitorem, qui si lectis literis, nihil aduersus protestetur, in continenti dicitur acceptasse confessionem depositi, vel commodati, vt nos etiam diximus, *in tract. de assist. quæst. 32. n. 6.*

Expeditus à generalibus commodati, & depositi deuenio ad eorum symbola quorum.

40 Primum illud est intèr commodatum, & depositum, quia vterque contractus re contrahitur, non enim in commodato fruitio rei commodatæ expleri potest, nisi intercedat res, in qua fruitio adequari possit secundùm destinatum vsum, aliàs esset ventosum commodatum, quando fortè fieret absque rei interuentu, *§. item is cui instit. quib. mod. re contr. oblig. l. commodare ff. de verb. oblig.* Idem in deposito, *§. præterea instit. eod. tit. l. lenius ff. depos.*

41 Secundum est symbolum inter commodatum, & depositum propter res, quæ commodantur, & deponuntur, res quæ commodantur eius, cui commodantur, esse non debent, quia res Domino commodari non possunt, *§. qui rem ff. depos.* cum concord., sic res, quæ deponuntur deponentis esse debent, & non depositarij, prout colligitur ex sua commoditate, quia depositum est, quod custodiæ causa apud aliquem gratuito positùm, & commendatum est *l. quæ ff. depositi*, ex qua diffinitione illud præcipuum desumitur depositum esse, quod alicui, qui non sit dominans custodiendum datum est: nam rei suæ depositum dici non potest, etiam si is qui suscepit custodiam, ignorauerit se illius rei dominum esse, *l. qui rem suam ff. depos.* Quo fit si ignorans rem, quam surripuit filius, aut seruus, apud Patrem, vel Dominum eorum ignorantē depositum fuerit, actione depositi id repetere non poterit, quia nullo iure depositum exi-stit: si verò non domino sua ipsius res quasi aliena seruanda detur, nec bonæ fides patitur dominum rem suam Prædoni restituere: Vnde etiàm si ignorans dominus eam tradiderit, quasi depositum tanquam indebitum solutum condicere potest, *l. bona fides ff. eod.*

42 Tertium est symbolum intèr commodatum, & depositum, quia commodatum de facili potest transire in depositum, & est, quando expleto vsu rei commodatæ per commodatarium, is ampliùs re commodata vti non potest, aliàs committeret furtum tanquàm

contractans rem inuito Domino, *l. qui iumenta.ff.de furt.l.vt certo,§.nunc videdum,verſ.planè.ff.eod.§.furtum, & §.placuit instit.de act.qua ex delict.naſc.* testatur *Gelius lib.7.cap.17.& Valer.Max. lib. 8.cap.2.* in fine. Brutum ſolitum dicere, fure damnatum eſſe, qui iumentum aliorſum duxerat,quàm quo vtendum acceperat,vel longiùs produxerat quã pro vtendo acceperat referunt *Menoch. de arbit. Iudicum lib.2. cent.3. caſu 298. in princ.& Tholoſ.d.lib.2.cap.1. ſub nu.9.* et omne damnum reſtituere tenetur, *Azor.loco cit.cap.7.lit.F.*

Cæterùm illud intelligendum eſt: cũ is commodatarius certo ſciens ſe aduersùs commodantis animum,et volũtatem re illa vtitur, ſecùs ſi credat hoc commodanti potuiſſe placere, vbi hoc ſciuiſſet iuxtà *text.in l.inter omn.§.rectè ff.de furt.*

43 Cardo difficultatis in eo vertitur, an quando vnum, vel aliud ſit,ſi nempè iuxtà, vel contrà commodantis animũ, et voluntatem re commodata vltra deſtinatum vſum per mutuatarium vtatur, et ſic quãdo credulitas iſthæc dici poteſt probabilis,vel nõ, vt excuſetur, vel condemnetur mutuatarius, *Angel. in tract.de malef.* in verbo, *& Veſtem Caleſtem in addit.* et alter *Angelus in l. intèr omnes, §.rectè, ff.de vſur.* et poſt eos, et alios *Menoch. dicto caſu 298. ſub num.3.* id totum relinquendum arbitrio Iudicis dicit, qui prudens diligentèr animaduertat circa perſonarum qualitates,an ſi ſint commodatarij conſanguinei, vel magna amicitia adſtricti,ità vt veriſimile ſit tales commodatarios iuſtè credere potuiſſe, commodantem conceſſurum: conſiderandum etiam, an commodans ſit homo liberalis, et largè conſuetus commodare,ac rei qualitatem commodatæ, an parua, vel magna ea ſit,an ad extrà vſum apta ſit, vel non,ſecundum monitum *Bartoli in d. §. rectè num. 1. in fine*, quo in loco dicit, quod quando quis eſt accuſatus de furto, ſi rei ſubſtractæ Dominus comparеat, et alleget rem illam ſuo conſenſu ab eo acceptam,an ei credendum ſit in damnum fiſci, ne is furti accuſatus puniatur,et licèt affirmet regularitèr ei nõ eſſe credendum, niſi concurrentibus coniecturis,et indicijs, de quibus ſupra ſæpè numero,*Salyc.in l.cùm conuicij,C.de iniur.Alex.conſ.1.num.15.lib.3.Petra ſãcta ſing.57.nota bene in fine, Marſil. ſing. 22.& conſ. 26. Iul. Clar. lib.5. §. furtum verſ.item excuſatur,* qui dixit arbitrium Iudicis valdè præualere in iſtis coniecturis,*Decian.tract.crim.lib.4.cap.7.num. 22. Menoch. tàm in caſu 290. quàm in d. 268.* intèr quos illa dumtaxàt extat differentia, nempè quando ab initio res eſt commodata,præſumptio eſt pro ipſo commodatario, vt faciliùs credere potuit,Dominum conſenſurum, ſed quando ab initio res ſubſtracta fuit, præſumptio eſt contrà abſtrahentem, quod Dominus non conſenſiſſet,vbi hoc nouiſſet, quia nemo ſuũ iactare velle præſumitur, *Dec.lib. 80. 3 in ſua Sylua nupt. n.152.* necobſtare regulam ſubdit *Bart. in d.§.rectè*, quod in his, quæ ab animo noſtro pendent,noſtræ aſſertioni ſtandũ eſt,ſecundùm *gl.in §. ſed iſta inſtit. de act.ſeq.Iaſ.inibi num.54.* quia regula illa non habet locum, quando adeſt præſumptio in contrarium, prout declarat etiam *Crauetta conſ.225.num.9. & conſ. 271.col.vlt.Marſil.conſ.9. num.36. Natta conſ.230.num.6. lib.1. Dec. in cap. noluit. nu.29.de iudic.* tametſi *Alciatus in d. capnouit num. 10.* diſſentiat ab iſta opinione, quia contra eum eſt communis opinio, ſecundùm *Menoch. loco cit. in fine*, quæ eo fortiùs habebit locum, quando præceſſerit diffamatio, ad quam euacuandam non ſufficiet Domini rei ſubſtractæ excuſatio, ne ex colluſione partium ius publicum vindictæ remaneat impunibile,quod nota in Regno ad ornatum *cap.ad hoc de furtis.*

44 Sic dicas in depoſito:nàm depoſitarius non poteſt vti re depoſita citrà cõſenſum expreſſum,vel tacitum eius, qui depoſuit, alioquin non euadet pœnam furti,ſi depoſito vtatur depoſitarius,*l.ſi ſacculum,ff.depoſ.l.qui furtum, ff.de condict.furt.d.§. furtum antè inſtit.de oblig. qua ex delict.naſc.*

45 Ex quibus coniecturis dignoſci poteſt,et alius ſymbolus caſus circa depoſitum: nempè ſi quis in domo alicuius rem aliquam poſuerit,eo ſciente,et non

con-

contradicente, et depositum tacitum videatur contractum, et licèt in dubio dicatur res deposita penès tertium causa custodiæ per *text. in l.cùm Pater, §.Pater pluribus, ff. de leg.2.* tamen *Mantica d.lib.10.tit.3.num.3.* dicit esse aduertendum, quod textus ille loquitur, quando res alicui traditur, et manualitèr ipse accepit, vt consuluit *Bart. in d. l. diuersum est*, quando res in domo alicuius simplicitèr ponitur, tùnc enim ex sola scientia, taciturnitate, & patientia non intelligitur Dominus domus custodiam rei suscepisse, & proindè non dicetur depositum, *§. prætereà is quoque instit. quib. mod. re contrah. oblig.* vbi habetur, quod is apud quem res aliqua deponitur nō obligatur, & actione depositi tenetur, quia ipse de ea re, quā accepit restituere tenetur, & proindè necessè est, vt priùs rem ipsam accipiat, vt depositi actione conueniri possit: sed contra colligitur ex *l.1.in fine, & l.seq. ff. naut. caup. stab.* vbi Nautæ, Cauponæ, Stabularij teneutur pro rebus in nauem, hospitiū, & cauponam illatis, si sciuerint, ergo ius commune aliud disponit *l.ius sing. ff. de leg.* & ità post multos tenet, *Mantica loco cit. in fine*, qui eodem loco *nu.4. vers. sed hæc communis sententia*, comprobat primam opinionem, quotiescumque intercederet amicitia, sanguinis coniunctio, vel affinitas per *text. in l. si seruus communis ff. de donat. inter virum, & vxor. Cyn. in l.inuitus num.8. Bald. num.4. ff. de procurat. Natta cons.13. num.3.* vel si intercesserit aliquis actus positiuus, ex quo hic tacitus consensus conijci potest, *Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 59. num.34.*

46 Quartum est symbolum intèr commodatum, & depositum, quia quemadmodùm commodatum triplici modo contrahitur. Primo in gratia commodatarij. Secundo in gratia commodantis, & Tertiò in gratia vtriusque.

In prima commodati assidua specie, culpa, & diligentia præstanda est, & si res æstimata data sit, omne periculum mutuatarij est, præter casum fortuitum, nisi in eo etiam casu præcesserit culpa, *l.si vt certo, §.nunc videndum et 1. cū seq. ff. eod. cap.1. eod. tit. de commod.*; adeò quod ab ista obligatione, nec eximeret se commodatarius ex pacto: cùm pacisci non possit, ne qui commodatum accipit ex dolo, & culpa non obligetur tanquàm contra bonos mores adiectū, *l. in commodato in princ. ff. eod.* & reicitur pactum firmo remanente commodato, *l. siuè generalis circa princ. ff. de iure dot. l.1. §. sed si mihi, ff. de verb. oblig. l. Sācimus, C. de donat.* cùm tūc vtile per inutile non vitiatur *cap. vtile de reg. iur.*

47 Et in foro conscientiæ id ipsum erit licèt *Sot. lib. 4. de iust. & iure quæst. 7. art. 2. concl. 4.* vers. *crediderim*, voluerit eum, qui accipit minimè obligari, ex leuissima culpa, imò nec ex leui si ea culpa letalis non sit, *Nauarr. in Man. cap. 17. nu. 184.* tenet oppositum, quod imò etiam in foro conscientiæ obligatur mutuatarius ex læui, & læuissima culpa, in nihilum refraganti Soti sententia in contrarium, tanquàm cōtra Doctorū cōmunem opinionem, & vtrumque ius affirmat: cùm in iure canonico *in cap. de commodato*, disponat Pontifex, *eùm quis tantum gratia sui commodatum accipit de leuissima etiam culpa tenetur*, & de iure ciuili *in l. quæsitum, vers. cum quoque, ff. de precario, l. contractus, ff. de reg. iur. & in l. in reb. ff. de commod.*

48 Et tametsi *Sotus* id omne totum concedat, non per hoc affirmat terminos dictorum iurum symbolos cùm terminis Theologicis, quia de illis iuribus læuem, & læuissimam culpam non intelligunt Iurisconsulti, quam Theologi venialem, & paruam appellant, sed eam quam vir prudens, cautus, & diligens deuitaret. Vndè secundum Theologorum intelligentiam colligit ipse, generatim ex culpa veniali, neminem secundùm consciētiam compelli ad restituēdum damnum indè sequutum, ità vt grauitèr peccet, nisi illud restituat.

49 Quod fundat ex nimia seuera pœna, in qua mutuans subijcitur ex læui dūtaxàt culpa, ex quo vix homines peccata venialia deuitant, & proindè Magistratus, Aduocati, & Iudices, Medici, & quilibet Artifex, si ex læui culpa tenerentur, nempè ex veniali, multa restituere tenerentur, cùm in suis officijs obeundis, vix sint ex culpa veniali immunes,

Digitized by Google

munes,& liberi, ergo, concludit *Sotus* si culpa leuis,re vera,venialis sit, & non lęthalis ex ea non tenetur qui commodatum accipit.

49 Tamen *Soti* excogitata theologica principia in hoc casu ab authoribus cōfutantur,tanquàm contraria non solum principijs iurium, de quibus supra, sed etiam rationi dictanti: nàm cùm canones,& leges constituunt, vt in commodato ex culpa lęui aliquis teneatur nō id decernunt, vt pęnam ob culpam cōtractam, nec restitutionem eius, quod interest pręcipiunt, perindè ac si obligatio restituendi nasceretur ex culpa, sed quia oritur ex ipsa contractus natura, ex quo qui commodatum accipit obligat se ex natura eiusdem commodati cōmodanti,vt ex lęui, & lęuissima teneatur culpa, quia sui commodi, & vtilitatis gratia accipit rem commodatam,& ideò ea lege, & obligatione, vt omni diligentia, & cura custodiat, *S.Th.2.2.q.62. art.5.* & post omnes Canonistas firmat *Azor. loco cit. d. cap. 11. lit.D.*

Secunda cōmodati species est,quando commodatum contrahitur gratia commodantis dumtaxàt, veluti si quis sponsę suę, vel vxori commodauerit, vt honestiùs compta ad se ducatur,& in hoc commodato dolus tantùm pręstatur,*d.l.si vt certo,§.interdum.*Nàm eodē modo,si quis rem inspectori sua causa dederit, vt illius pretium acquirat,de dolo tantum is tenebitur.

50 Quando verò commodatum, & fumus in tertia commodati specie, gratia vtriusque commodantis scilicèt, & cōmodatarij contrahitur, veluti si cōmunem amicum ad cęnam inuitauerimus, & tu eius curam susceperis, et ego tibi argentum commodauerim, et in hoc commodato,culpę etiam fit ęstimatio, sicuti in rebus pignori datis, & dotalibus fieri solet, *l. in rebus post princ. vers. hoc ita,ff.commod.Bart.* qui sic distinguit *in l.quod Nerua num.25.ff.depos. Dec.in l.contractus num. 28.ff.de regul. iur.* & si

51 vltro quis se obtulit ad commodandū non tenetur commodatarius,nisi de dolo, & lata culpa per *d.l.si vt certo, §. interdū in fine,Thol.d.cap.1.sub n.10.in fine.*

52 Talitèr affirmas in deposito, quod triplici eodem modo constitui potest: nempè primo in gratia depositarij,secūdo in gratia deponentis, & vltimo in gratia vtriusque,*Bart. in d.l. quod Nerua num.70.ff.depofit.* quando depositum est gratia deponentis tantùm, & tùnc aut quęritur de actione depositi contraria, & in ea venit etiam culpa lęuissima, *l. si seruus,ff.de furt. §. idem euidentiùs*, vbi deponens tenetur adhibere illam diligentiam, quam adhibent diligentiores, aut quęritur de directa, & tùncaut depositarius se obtulit, & tenetur de lęuissima, *l. contractus in fine, ff.de reg.iur. & l.1.§.sępè.ff.eod.tit.depos.*Si verò non obtulit se,tenetur de culpa lęui,vel latiori,vt *in d.l.Nerua*,item de culpa lata,*in l.1.C.eod.* Secundo casu quando gratia depositarij tantùm,depositarius est obligatus actione directa, tenetur etiam de leuissima,*l.si quis nec causam,ff.si cert.petat.*deponens verò contraria tenetur solum de lata,*d.l.si vt certo, §.nùnc videndum, ff. commod.* Tertio casu quando gratia vtriusque, tunc vterque de leui tenetur,vt *in d.l.1.§.sępè,ff.eod.*

53 Quintum symbolum est, secundùm aliquos,intèr commodatum, & depositum: nàm quemadmodum in deposito nulla admittitur compensatio, & fides seruandę rei francatur,*l.si quis nec pecunias,C.deposit.l.vlt. C.de compensat.§.in bona fide instit.de act.*sic in commodato, vt habetur *in l.vlt.C.commodati*, ibi,*sub prętextu debiti restitutio commodati non probabilitèr recusatur*, ex quo iure naturali inspecto, symbola est causa fidei seruandę in deposito: prout etiam in commodato, nàm qui commodatum accipit fidem etiam seruare naturali iure compellitur:cùm res deposita,& cōmodata restituenda sit eadem in specie.

54 Et licèt *Panormitanus* alitèr sentiat *in cap.bona fidei de deposito cum gl.in d.§. bona fidei,& alij*,ex ea diuersa ratione, quę intercedit intèr depositum,& commodatum, quia in deposito non fit retentio, & compensatio, ne is cuius fidei depositum est, ęstimetur perfidus, & sic videatur facere contrà fidem, ex quo eius fidem, curam, & diligentiam ad rei custodiam requirat,& desiderat,qui deposi-

positum dedit, sed qui accipit commodatum, non vt custodiat diligentèr, & fideliter, sed vt eo vtatur ad tempus accipit, quam *Panormitani* sententiam nõ sibi displicere, affirmat *Azor. d. lib. 7. c. 7. lit. F. col.* 524. assumptum ex contrario sensu iurium disponentium in deposito tàm canonici, quàm ciuilis, vt *in d. cap. bona fides, & d. l. si quis tit. depos.* in quibus locis de deposito agitur ratione fidei seruandæ, quæ non accidit in commodato.

55 Cæterùm quicquid afferat inconfusè *Azor* ex *Panormitani* doctrina, et si non de eius mente, vt ipse *Azor.* fatetur, non est recedendum à prima symboli opinione fulcita, & iurium dispositione, & naturali ratione: patet iurium dispositio *in d. l. prætexta vlt. C. eod.* ratio naturalis, quia & si non teneatur commodatarius rem commodatam tanta diligentia custodire, prout tenetur depositarius rem sibi depositam illibatam seruare, est quia in re deposita abest vsus, & adest rei commodatæ, & ratione vsus non concessi rei depositæ, illibata semper ea ex fide depositarij remanere debet, quod non contingit in re commodata, quæ vsu deterior fieri potest, & sic in illo interitu non tenetur commodatarius, ex quo interimitur res vsu naturali, qui datur in re commodata: sed nõ per hoc negari potest, quod maius beneficium accipit commodatarius à cõmodante, ex quo vtitur re commodata commodatarius, quam recipit depositarius à depositante, quando depositarius vti nunquam potest re depositata, & cõsequentèr vbi maius consequitur beneficium, ibi maius ex negligentia committitur maleficium, nisi debitum sit liquidum expensum in re illa commodata, vt supra diximus, & probat *gl. in d. l. vlt. D. Arias de Mesa var. resolut. lib. 2. cap. 34. sub num.* 20.

Sextum erit symbolum inter commodatum, & depositum, quod sicuti mulier ex statuto alienare prohibetur absque sollemnitatibus, sic nec etiam absque illis commodare, & mutuare potest, quia in illis consideratur læsio, nempè in mutuo ratione dominij, & possessionis translationis *l. 2. §. appellata ff. si cert. petat.* & in commodato est considerabilis deterioratio, quæ fit ad vsum rei commodatæ *l. 3. §. 1. ff. de commod.* quamuis in eo non fiat translatio aliqua neq; possessionis, neque dominij, *l. rei commodatæ cum. l. seq. ff. eod.* & adsit ratio, ad recuperationem rerum mutuatarum, & commodatarum, tamèn minus est habere actionẽ quàm rem, *l. minùs ff. de reg. iur. Lambertenq; de contract. gl. 1. num.* 40. prout de minore diximus etiàm supra in preced. *cap.* sic etiàm dicas in deposito per ea quæ refert, *Odd. de restit. in integr. part. 2. quæst.* 53. *num.* 1. nàm mulier depositando perdit vsũ rei depositatæ, in quo dicitur lædi.

56 Septimum erit symbolum intèr commodatum, & depositum, nàm quis mittendo nuncium ad suscipiendum, rem depositam à depositario, nuncius cùm re deposita aufugiat liberatur depositarius à periculo rei depositæ, *l. eum qui §. fin. & l. si mei causa ff. commod. Afflict. decis.* 130. *num.* 3. & sic etiam symbola ratione dicas in deposito, sed quid si è contra commodatarius misisset per nuncium suum rem commodatam, restituendam commodanti, & nuncius, vel perdiderit rem illam, vel cum ea aufugerit, cuius periculo cedi debeat interitus illius rei, an commodatarij per nuncium mittentis, an commodantis, cui non adhuc res commodata fuit consignata, dicas quod, aut commodatarius remiserat rem commodatam ad commodantem per nuncium fidum, & cui solitum fuit fides committi, ad nihil aliud tùnc tenetur Commodatarius, *d. l. argentum*, vbi *gl. & Bart. ff. eod.* aut verò remiserat per nuncium infidum, qui fidelis non habebatur, & eo casu debet iterum cùm effectu commodatarius commodanti assignare, siuè casu fortuito, siuè dolo, siuè culpa nuncij res perierit, quia satis fidum nuncium non adhibuit, neque eligit *Azor. loco cit. cap. 8. quæst. 1. in fine.*

57 Sed vtrum symbolum sit in deposito, & commodato in rebus annexis, & comitantibus rei depositæ, vel commodatæ, vt si depono apud te seruum meum, an etiam vestis serui deposita

vide-

videatur, *Accurſ. in l. 1. §. qua depoſitis ff. depoſ.* tenet, quod cenſeantur depoſita, & dari actionem depoſiti contra ſuſcipientem depoſitum, quod probat *ex. l. ſi vt certo §. ſine ff. commod.* vbi traditur si tibi commodem æquã, quam Pullus comitabatur, etiam pullus intelligitur commodatus, ergo ratione ſymbola, quæ comitatur rem depoſitam intelligitur depoſita: ſed fallitur *Accurſius*, ex ratione ſymbola in hoc caſu intèr commodatum, & depoſitum, quia idem iuris non eſt in depoſito, quod in commodato, depoſitum enim regularitèr eſt in gratia eius, qui rem deponit, & propterea quæ depoſitum aſſequuntur, vel concomitantur, depoſita non erunt, vndè talia repetuntur propriè reiuendicatione, non actione depoſiti, *arg. l. 1. §. qua depoſiti, ff. eod. tit. depoſiti*, commodatum verò regularitèr fit in gratia eius, cui res commodatur, & Proindè quidquid rei commodatæ cõcomitatur pro commodato habetur, quia res eſt vtilis vna cùm eo quod comitatur; ſed tu diſtingue contra terminos, de quibus ſupra, quando ſcilicèt deponitur, vel commodatur in gratia cuius, prout de dolo, culpa, & negligentia diximus.

58 Et an etiam idem ſit ſymbolum intèr depoſitum, & commodatum, vt quemadmodum in depoſito, qui depoſitum ſuſcepit rectè reſtitutionem in aliud tẽpus differat, quando res depoſita repoſcitur ab eo qui depoſuit, ita & in cõmodato expleto caſu rei commodatæ, vt ſupra diximus? *Azor. inſtit. moral. d. lib. 7. cap. 8. quæſt. 4.* dicit, quod quatruplici euentu id contingere poterit, Primò quando certè, & probabiliter ſequuturum damnum alicuius momenti ſpirituale, temporale, & profanum timeretur, ſi redderetur depoſitum, vel commodatum, domino deponenti, vel commodanti, vt ſi reſtituantur arma homini inſano, & furioſo, *cap. nequis 22. quæſt. 2. D. Thom. 2. 2. quæſt. 62. art. 5. ad primum*. Quod ſi Dominus repoſcat pecuniam apud me depoſitam, eamque malè perdat in luxum, aleis, taxillis, & ſimilibus ludis prohibitis, vel denique ſi repetat ad rem ſibi tantum noxiam, & non alteri, *Caiet. 2. 2. quæſt. 67. artic. 5.* me ſecundum conſcientiam cogi ad illam reddendam affirmat, quia charitate legis compellor vitare peccatum alterius, quando commodè poſſum, *Sotus verò lib. 4. de iuſt. & iure q. 7. art. 1.* ad primum affirmat totum oppoſitum, me ſcilicèt etiam tuta conſcientia poſſe reddere, quia is, qui depoſuit, vel commodauit iure, quod ſuum eſt exigit, & proindè ſi poſtmodum vtatur in malũ, iure ſuo vtitur cùm repoſcit, quod ſuum eſt, & in hoc non peccare reſtituens, quia reddere debet, quod ſi repetit deprauato animo, vel mala voluntate, vt videlicèt mali aliquod ſolum ſibi noxium interpretet, illi imputatur non mihi, qui reddo repoſcẽti, quod ſuũ eſt.

59 Intelligit *Azor. Caietanum* non generatim alloquutum in dilatione rei reſtituendæ eiuſmodi ad malum vſum Domini repoſcentis, ſed cùm repetat ad malum alteri noxium, & pernicioſum, veluti ſi repoſcat pecuniam creditam, qua committat ſimoniam in emendo beneficia eccleſiaſtica, ac alia iura ſpiritualia, vel vt corrumpat Iudicem, vel teſtem, bellumuè iniquum gerat, vel vt hoſtibus opem ferat, vel vt homicidium, vel adulterium committat, aut etiam ob finem, vt veneno ſibi mortem conſciat, quod probat *Azor.* id non tantum fieri debere lege veritatis, ſed etiam iuſtitiæ propter iniuriam, quæ fieri poteſt proximo, ſi id omne totum iucundè, & ritè abſque noſtro detrimento fieri poſſit, aliàs non tenemur auferre ius proximum deponentis, vel mutuantis propter ius remotum, quod contingere poſſet, & non poſſet mutata repoſcentis voluntate.

60 Secũdo depoſiti reſtitutio iure differtur, quando bona eius, qui depoſuit confiſcata ſunt, *l. bona fides, ff. eod.* tùnc enim authoritate legis ob crimen ſpoliatur quis bonis ſuis, igitur ſi quis poſtquàm depoſuit, vel commodauit, crimẽ patrauit, ob quod bona eius publicantur, amiſit proculdubio ius ſuum, & depoſitum, & commodatum repetendi, dummodo publicatio bonorum ſit decreta per Iudicem.

61 Tertio depoſiti reſtitutio iure differtur

tur quando fur deposuit, vel rem commodauit furto subtractam,tùnc & si supra diximus ipsi restituenda, tamen si simul ipse, & dominus rē reposcunt,debet Dominus furi præferri, *l. bona fide, ff. depos.* quod in Regno frequentèr accidit, assiduis banditis, qui multa hinc inde prædantur, & deindè ipsi, & Domini reposcunt. Quod declara etiam si banditus prius,quàm Dominus reposcat,quia tùnc etiam Domino reposcēti,& non illi,fieri debet restitutio etiam in foro conscientiæ,*Sotus de iust. & iure lib.4.quæst.7.art.2.concl.4.* non obstāte, quod in dicta *lege bona fides* vers. *latro*,prima facie videatur,dicendum furi potiùs, quàm Domino depositum esse restituendum, quia lex illa debet intelligi,vt si furi priùs repetenti res deposita sit reddita,non reposcente Domino, vt colligitur *ex eadem* l.vers.*quod si ego*, & repetente Domino, siuè antea, siuè postea fur reposcat, depositum omninò Domino restituendum *d. l. bona fides, vers.& hanc probo.*

62 Quarto depositum, & commodatum retineri possunt secundum *Azor.* quando illa tradita fuere ei, qui cùm illud susceperat ignorabat rem esse suam,postea verò agnouit rem sibi traditam verè suam esse, & proindè nullo iure cōpellitur, vt illam depositanti, vel commodanti restituat *d l. bona fides*, & licèt compararam executionem, quam habeat depositum, & commodatum tanquàm contractus bonæ fidei *l. 1. hanc actionem,& d.l.bona fides,ff.eod.*in eis nō congruit de apicibus iuris disputare, sed quod bonum, æquumque est sequi, *l.si fideiussor,§.quadam, ff.mand.* & restitutio rei depositæ congruat iuri naturali, *cap. ius naturale 1. dist. l.pen. C.depositi.*

63 Et ideo condemnatus ad restituendum depositum non gaudet qua,trimestri,quod condemnatis conceditur,sed statim compellitur illud restituere, *d. l. pen.*ibi,*illicò modis omnibus compellatur*, & in alijs verbis, *sed deposita quidem res, vel pecuniæ celerrimè sine aliquo obstaculo restituantur*, & nec opponi potest exceptio compensationis, vt supra diximus, & voluit *Anch. cons. 360. in princ.* aliàs diceretur renuens restituere interuertere possessionem rei depositæ, & deponentem expoliare *cap. qui ad agendum de reg.iur. in 6.* etiam si pecunia sit deposita, vt quantitas, vt *in d.l. pen.* & hanc esse communem Doctorum opinionem testatur, *Mantica d. lib. 10. tit. 10. num. 9.* Item, & si depositum sit confessatum, quia etiam illud priuilegium veri depositi retinet, *Mantica loco cit.sub num.12.* respondens *num.seq.* ad obiecta *Afflict.decis.402.nu.10.cum seq.* & post alios *D.Arias var.resol. lib.2.cap. 34.sub num.22. & 23.* & contraria opinio poterit sustineri fauore tertij,*Mascard.de probat. concl. 510. in fine*, vel si pecunia fuerit deposita ad redimendum aliquod prædium tùnc cessaret priuilegium, quia tùnc debitum ex causa depositi in aliam symbolizatur,& agēdum est actione præscriptis verbis ex tacito pacto,*l.si oleum, ff.de dolo*, quæ in locum actionis depositi non succedit, *Bald. cons. 317. vers. considerandum est lib. 3.* Vel si mutuam mihi dederis pecuniam,eam apud te deposuerim,cessaret etiam hoc priuilegium,quia tale depositum sequitur naturam mutui à quo descendit,prout ex æquitate,& iuris rationibus,& sic intelligit se *Bald. in cons. 384.in fine lib.1.Auth.cons.360.*

Et ideo ad impediendam huiusmodi executionem, non potest opponi exceptio dominij,vt habetur *in d.l.pen.& ibi Salyc.num.5.vers.item nota,quod exceptio dominij*,quia illud capitur, quando dominium post contractum, depositario est quæsitum,*l.planè, ff.depos.* Non verò si dominium ante cōtractum est ei quæsitum, quia tùnc exceptio sine dubio præualeret, ex eo quia rei suæ depositum,nec commodatum consistunt, *l.qui rem suam,ff.depos. l.neque pignus, ff. de reg. iur.* Vndè cessante deposito cessat eius priuilegium,*Mantica d. cap. 10. sub num.20.*prout cessaret etiam priuilegiū, vt in actione depositi pretium succedat loco rei,vt exemplū patet apud *D.Arias d.cap.35.sub num.9.& 10.* & est casus,in quo pretium succedit loco rei in singularibus,vt si hæres vendat depositum bona fide,tùnc & cùm ab ipso actione depositi potest condicti pretium, quod non

gl. in l. vlt. in verbo neque in specie, & Salyc. in d. n. 3. quid quando pecunia in facculo signata sit deposita, vide *Mant. d. lib. 10. tit. 7. num. 7. vers. vnde etiam*, & de priuilegijs depositi, vide *Amatorem Rodriquez tract. de concurs. & priuil. creditor. art. 7. tit. de priuilegio depositi per tot.*

ARGVMENTVM.

Contractus, & distractus, in quo sint symboli.

SVMMARIVM.

1 *Pactum non est in catalogo distrahendi, nec obligationem, nec actionem.*

2 *Solutio est prontior modus dissoluendi.*

3 *Solutio magis ad substantiam obligationis refertur quàm ad nummorum numerationem.*

4 *Satisdatio, datio pignoris, & fideiussio symbola sunt distrahendi licèt sint etiã symbola ad contrahendum num.* 5.

6 *Cõtractus, et distractus symboli sunt re.*

7 *Obsignatio symbola est reali solutioni.*

8 *Confusio iurium symbola est reali distractioni.*

9 *Hæres pro ea parte, in qua hæres est distrahere adeundo dicitur.*

10 *Hæres fideicommisso grauatus, an distrahere dicatur adeundo suum creditũ. Et quid nõ confert inuentario n.* 11. *Et quid si sit debitor n.* 12. 13. & 14.

15 *Actio hypothecaria an confundatur per aditionem hæreditatis.*

16 *Res deuenire debet ad eum statum, à quo non potuit incipere.*

17 *Violentia est symbola distractioni reali de iure communi, quid de iure Regni num.* 18.

19 *Symbola realis distarctio, quæ fit circa res.*

20 *Aliud pro alio, inuito debitore, solui non potest, exemplum num.* 21.

22 *Distractio personalis symbola inter creditorem, & debitorem.*

23 *Reus debendi soluens eijs, qui pro eo interuenerint liberatur.*

24 *Instrumenti, vel chyrographi repositio penes debitorem reali distractioni symbola est.*

25 *Instrumentum redditum illi, sub cuius generali potestate est ipse debitor, habet vim realis distractionis.*

26 *Instrumentum traditum ei, cui non est habilitas procurandi, habet vim realis distractionis.*

27 *Instrumentum, quorum vnum debitori sit traditum, si plura sint, an habeat vim realis distractionis.*

28 *Instrumentum traditum debitori, & si ipsius originale remaneat penès notarium habet vim realis distractionis.*

29 *Thesaurarius Regius præsumitur soluisse fisco, si apud eum reperiantur creditorum chirographa, vel collecta, etiam quo ad remissionem pignoris, & hypotheca.*

30 *Instrumenti repositio iterùm à debitore creditori, est symbola noua contractionis.*

31 *Debitor habens penès se instrumentum, & asserens se fuisse liberatum virtute pacti, quando dicatur liberatus.*

32 *Instrumentum traditum debitori per procuratorem creditoris, non habet vim realis distractionis.*

33 *Instrumenti remissio non facit vt censeatur remissum ius in eo contentum.*

34 *Instrumentum traditum debitori post solutionem debiti in eo contenti, non habet vim debiti remissionis.*

35 *Instrumentum traditum debitori non habet vim realis distractionis, quando alitèr coniecturari potest, & de exẽplo.*

36 *Instrumentum in quo continetur ius in spe traditum debitori, non habet vim realis distractionis.*

37 *Instrumentum repertum penès debitorem domesticum creditoris, non habet vim realis distractionis.*

38 *Instrumentum existens modico tempore apud debitorem, non præsumitur traditum causa distracti crediti.*

39 *Acceptilatio propria symbola est cùm verborum obligatione.*

40 *Cautela, vt contractus re celebratus distrahatur per acceptilationem.*
41 *Acceptilationes, & stipulationes inutiles symbolæ.*
42 *Creditor, & debitor quando sunt symboli in acceptilatione.*
43 *Nouatione eliditur obligatio.*
44 *Nouatio quotuplex.*
45 *Nouatio symbola est omni distractionis generi.*
46 *Nouatio quando symbola delegationi.*
47 *Cedens dicitur quasi discedens à suo credito.*
48 *Instantia quando transit in cessionariū.*
49 *Actiones vtiles quomodo transeant in cessionarium.*
50 *Cedens an possit exigere creditum à debitore post cessionem factam in præiudicium cessionarij refertur decisio S. R. C. num. 51. Disponitur articulus decisionis vsque ad num. 64.*
65 *Compensare idem est quod soluere.*
66 *Contributio vt fiat de debito ad debitum, quid requiratur.*
67 *Compensationes cur adinuentæ.*
68 *Negligentia creditoris in non exigendo quando cōpensetur cum mora debitoris.*

CAP. X.

1 Dicebamus *lib. 1. tit. 1. cap. 3. sub nu. 11.* quod pactum non est in Cathalago distrahendi obligationem, & actionem, & quod neque est contractus, arguendo ex sufficienti partium enumeratione: quia cùm quatuor sint modi contrahendi, quatuor similitèr esse debent modi distrahendi, nempè solutionis, acceptilationis, nouationis, & compensationis, & quia illo in loco haud sigillatim diximus de symbolis eiusmodi distrahendi modis, ex quibus dignoscētur symboli contractus, & distractus, nō immerito pro conclusione huius vltimi tituli, dignoscendum in præsentiarum veniet, de symbolicis contractibus, & distractibus, quando iam in aliqua sufficienti parte collocauimus symbolicos dumtaxàt contractus.

Et vt à primo modo distrahēdi exordium sumamus, sciendum est, quod so-
2 lutio est potior modus dissoluendi omnem obligationē, & sicuti aqua ex diametro contrarij extinguit ignem, sic solutio obligationem, *l. nihil tàm naturale, ff. de reg. iur. l. ferè, ff. eod.* quæ symbola est liberationi, *l. liberationis, ff. de verb.*
3 *sign.* Magisque ad substantiam obligationis refertur, quo ad nummorum numerationem, *l. solutionis verbum, ff. de solut. l. amplius, ff. rem rat. hab.*
4 Prout etiam satisdatio, datio pignoris, vel fideiussio symbolę sunt distrahēdi, *l. satisfact. ff. de solut.* ratione liberationis, quamuis alioquin diuersa sunt, *l. item liberatur, §. qui paratus. ff. quibus mod. pign. hypoth. soluit. l. rem, § fin. et l. seq. ff. de pign. act.*
5 Vnde habes, quod quæ sunt symbola ad contrahendum, sunt etiam symbola ad distrahendum ratione liberationis, quia per pignus, & fideiussorem, magis firmatur contractus, vt supra diximus in contrahendo, in distrahendo verò magis debilitatur contractus, quia qui per priùs tenebat alligatam personam debitoris, per posteriùs ex præstatione pignoris resoluitur talis personalis obligatio.
6 Igitur naturale symbolum est intèr contractum, & distractum, vt quemadmodum contractus re perficiatur, re etiam omninò resolui debet, quia propria liberatio ea dicitur, quando vel naturalitèr soluitur creditori pecnumeratam pecuniam, vel quando traditur res in qua debitor restituendi causa obligatus est, vt diximus in mutuo, deposito, & commodato, in mutuo per solutionem, & in deposito, & commodato per rei depositæ, & commodatæ restitutionem.
7 Accedunt huic reali distractioni, & aliæ symbolæ distractiones, vt obsignatio cùm legitima depositione, et obligatione, *l. solut. ff. de solut. Caroc. de oblig. par. 2. q. 104. Pacif. de Salu. interd. decis. 146. num. 5. Giurba decis. 38. in fine, Put. decis. 103. lib. 1. Rota Romana decis. diuers. 476. lib. 3. par. 3. D. Reg. Rouit. decis. 35. sub num. 8.*
8 Et confusio iurium symbola est reali distractioni: cùm hæreditatem debitor creditoris adit, vel è contrà creditor debitoris, vtputa si in tota hæreditate succedit, in totū similitèr distrahi-

9 tur debitum, *l. obsign. C. de solut. l. acceptū, ff. de vsur.* & si pro parte sit hæres pro eadem parte distractio fit, *l. debitori C. de pact. l. sicut acceptilatio, & l. qui hominem, §. quidem filiusfam. l. cùm quis. §. qui Patre, l. stichum, §. aditio ff. de solut. l. licet ff. de fideicom. l. cùm secundum, C. eod. l. falcidia, l. si debitori. C. de fideiuss. l. pet. C. hæred. act.*

10 Tamen si hæres fideicommisso grauaretur deducet suum creditum, quod priùs consequi habebat à defuncto grauante, non obstante dicta distractione per aditionem facta, *Bald. in l. debitum, C. de pact. vbi Dec. in l. 1. Alex. in l. ità tamen §. ex Trebelliano, ff. ad Trebell. Alex. cons. 124. in fine lib. 2. Hieronym. Gabr. cons. 124. num. 2. lib. 1. Decian. resp. 85. num. 2. vers. itèm distrahere lib. 2. Michael. Crass. §. fideicomm. quæst. 47. num. 3. Card. Mantica de coniect. vlt. volunt. lib. 7. tit. 8. nu. 15. Petra de interpet. vult. volunt folio 354. num. 13. Peregr. de fideicom. art. 6. n. 1. & dec. 96.*
11 *num. 5. Fusar. de fideicom. subst. quæst. 665. in 1.* quod procedit etiàm nullo facto inuentario, vt ex innumeris de communi testatur, *Fusar. loco supra citato sub num. 2.* Intelligendo de hærede Vniuersali grauato, non autem de hærede particulari grauato in fideicõmisso particulari dumtaxat, quia fideicommissum illud nullatenùs diminuitur, *l. vltima §. Si verò postquam, C. de iure delib. auth. de hæred. & falcid §. si verò confecerint, & §. si quis verò cùm implens, Alex. cons. 70. lib. 4. Peregr. d. decis. 96. num. 5.* vbi refert decisionem, *& de fideicom. art. 35. num. 23. in fine, & Fusar. cons. 74. & in dict. quæst. 665.* creditum prædictum nequaquàm computari cùm fructibus perceptis, & infra habebis declarationes, & limitationes ad dictam regulam.

12 Sed dubium est, an sicut hæres grauatus tanquàm creditor potest deducere suum creditum, non obstante aditione prædicta, imò poterit grauatus in Vita sibi satisfacere eligendo rem, quā vult pro suis detractionibus, *Bald. in l. vult. §. in comput. num. 4. C. de iure delib. & in l. debitori num. 4.* & ibi *Alex. num. 4. Ias. num. 3. C. de part. Ruin. cons. 57. num. 25. & seq. lib. 2.* Idem sit etiam, si hæres grauatus sit debitor, verbi gratia, Titius debitor Seij in centum, instituitur à Seio hæres vniuersalis, cùm rogatu fideicõ nissi vniuersalis, an Titius teneatur restituere fideicõmissario etiã illa centùm, quæ debebat Seio Testatori cùm vniuersali restitutione totius hæreditatis, in qua fuit, & institutus, & grauatus, hic casus videtur punctualitèr decisus, per *text. in l. 1. §. si debitor ff. ad l. falcidiam,* ibi, *si debitor creditori, hæres existat, quamuis confusione liberentur tamen locupletiorem hæreditatem accipere videtur, vt computetur ei quod debet, quamuis aditione confusum sit,* notat *gl.* in verbo *liberatur,* hoc est solutione, & confusione liberari, Probatur etiàm
14 *in l. Maritus pen. ff. eod.* ibi, *Maritus vxoris res extra dotem constitutas administrauit, eaque decedens ante administrationem sibi redditam ex asse eundem Maritum hæredem instituit, eiusque fidei commisit, vt decem vncias filio communi cum moreretur restitueret, duas autem vncias nepoti, quæsitum fuit, an id quoque, quod ex administratione rerum apud Maritum resedisse constiterit, cum cæteris bonis pro rata decem vnciarum filio restitui debeat: Respondi id quod debuisset hæreditati in rationem venire debere.*

Vndè ex symbolo includas, quod sicuti hæres creditor tantò exiguam reddit hæreditatem. Ità hæres debitor tantò reddit ampliorem quoad creditores, legatarios, & vniuersales fideicommissarios, id quod non etiàm præbet beneficiū aliquod Inuentarium, ex quo sicuti per ipsum non tribuitur lucrum vltra ius commune, ità conseruat lucra iuris communis, secundùm *Sebast. Mantic. de inuent. cap. 10. sub num. 15.*

15 Quod extende vlteriùs in actione hypothecaria, quæ paritèr non confunditur per aditionem hæreditatis, omisso etiàm inuentario, *Bald. in d. l. si vxor Alex. in l. omnibus §. ex Trebell. ff. ad Trebell. Socc. cons. 44. lib. 3. Ludou. Roman. cons. 276. & Ruin. in cons. 17. num. 7. lib. 1. Rol. à Valle cons. 61. lib. 2. Card. Paris. cons. 25. & cons. 65. lib. 2. Neur. cons. 69. num. 12.* & hoc intelli-

gas, quando creditor fuccedit debitori, vt per cafus relatos *à Phanucio de Inuentario part.7.* in verbo *enucleatis casibus*, verf. *hypothecariam actionem sub nu.87. & seq.* sed quando debitor fuccedit creditori fuo, qui ipfe obligauerat propria bona, tunc res deueniet ad ad eum cafum, & ftatum, à quo non potuit incipere, quod fcilicèt res propria fit domino obligata, & quod in effectu rem propriam obligauerit, per *reg. l. neq; pignus, ff. de reg. iur. & l. extante, §. latinus ff. de except. rei iud.* recedens igitur per hæreditatis aditionem ius hypothecæ ad ipfum hypothecantem, neceffariò euanefcit, prout vfusfructus ad dominũ reuertens confolidatur cùm ipfa proprietate, *§. finitur. instit. de vsufr.* fic & hypotheca, & tali in cafu non eft confiderabile, an dominium rei fit conuertibile, vel non, quia impoffibile eft, quod eadem res fit obligata fibi à femetipfo, & quod fit perfona hypotecans, & perfona cui sit res hypothecata, cùm in contractibus fieri debeat perfonarum diftinctio dantis fcilicèt, & accipientis, *l.2. ff. de stip. seru. l. fin. ff. de offic. presid. l. Pres. ff. de assessor. cap. per vestras contra de iure patr. cap. fin. extra de instit.* hoc enim in cafu dicit *Phan loco cit.* extinguit hypothecam, ergo fequeretur, quod fi extincta, non veniret in reftitutionem fideicommiffi, quod non probo, ex eo quia fi extingueretur tùnc hypothecaria illa, diminueretur patrimonium creditoris, ex eo quia hypotheca comodiùs auget patrimonium, vt fupra pluries diximus, & fic diminutio illa effet contra expreffum cafum inductum in *d. l. Maritus in damnum fideicommissary*, & fic ex principio dictæ legis concludas, etiam hypothecariã non extingui refpectu fideicommiffarij, licèt extinguatur, quod ad exercitium refpectu hæredis grauati, quia fuum creditum fatisfieri non poffet fuper re illa hypothecata, & fic inanis eft etiam, & altera quæftio, quàm mouet, *Phanucius loco cit. sub num. 91*, quando dicit, quid autem fi creditor antequàm moreretur in aliam hypothecam tranftuliffet à debitore fibi cõftitutam, nunquid talis hypotheca cenfeatur ex hoc extingui pœnes alium exiftens, quia fi in præiudicium Tertij nõ extinguitur, etiam quando exiftit penes creditorem, nè eius patrimonium diminuatur, quomodo extincta videri poffit, quando alteri eft fuppofita, & fic non benè diftinguit *Phanucius* in cafu, in quo nulla adeft, nec adeffe poteft diftinctio, cùm res talis non bene dicetur hæreditatis, fed remanfa dumtaxat in bonis obligantis, *l. hereditariæ, ff. defunt. l. pignus C. de pignor. act.* & tùnc hæres conuenitur, vt poffeffor quilibet, fed fideicommiffaria non tantùm funt reftituenda bona hæreditaria, fed quod magis, quæ in hæreditate, & in eius bonis funt, ex quo fideicommiffarius Vniuerfalis fuccedit etiam in Vniuerfum ius defuncti pro vt fucceffit hæres grauatus vulgato iure.

16 (left margin, beside "rat propria bona")

17 Symbola eft etiam violentia debitori illata per creditorem proprio marte diftractioni reali, vtputa fi authoritate propria ius fibi diceret, vel adipifceretur poffeffionem, tùnc enim debitor foluiffe videtur, & liberatus à creditoris crimine dicetur, *l. si quis in tantam, C. vnde vi, ext. at. ff. metus causa, l. 1. C. de suffr.* Sed efto, quod fit fic *de iure communi*, an idem effet affirmandum *de iure Longobardorum*, per quod fuit abolita dicta afperitas legum, & fucceffit pœna contra turbantes, fiuè de facto fpoliantes ducatorum fex, quæ etiam fuit abolita, tanquàm ex his, & nutritiua, audaciam fubditorum *per constit. Regn. Violent.* per quam fuit impofita pœna pretij medietatis rei, in qua committitur turbatio, vel violentia, aut audacia, quæ quidem pœna fecundùm *Iserniam, & Bartholomeum de Capua inibi* applicatur fifco, & proindè nihil vtilitatis ad diftrahendum deuenit creditori turbanti, & debitori poffidenti, vel tertio turbato, iuxtà *§. fin. d. l.* fuccefsit poftmodùm difpofitio *cap. Regni subditorum nostrorũ de violentys*, vbi *Carolus Primus* vltra pœnam conftitutam *in d. Regni constitutione* adiunxit pœnam arbitrariam, & tradidit modum, & praxim ad fedandã dictam violentiam, per quas regni iuriũ difpofitiones non habemus derogationem, vel reformationem pœnæ dictæ legis

legis *§ si quis in tanta*, sed eiusmodi *§. fin.*
dumtaxàt, quia disponitur in corpore
legis, vt spolians restituat possessionem,
& amittat dominium rei, & sic agitur
de quæstione circa rem, in qua spolians
dominium habet, licèt possessio sit pe-
nès tertium, quam absque Iudicis arbi-
trij aduentu auferre non potest, in vio-
lentia verò rerum alienarum alitèr est,
quia tùnc non solùm eam possidenti-
bus reddet, sed etiam æstimationem eius
restituet, vt *in d. §. si verò alienarum fin.*
& sic videtur pœna æstimationis dum-
taxàt per iura Regni refrenata, non ve-
rò ius partis spoliatæ, quod remansit in
suo robore, prout statuta fuerat *in d. l. si*
18 *quis in tantam*: Vndè concludendum,
quod etiam hodie remansit symbola
distractio, etiam in Regno per disposi-
tionem *d. l. si quis in tantam*: cùm di-
spositio eiusmodi sit reformata dumta-
xàt, non verò eiusdem legis, quando
agitur de pœna, ex quo aliud ius habe-
mus per quod cauetur, quod dicens sibi
ius authoritate propria cadit à iure suo.
19 In summa symbola esse debent di-
stractio contractui, non solum per sym-
bolos modos distrahendi, sed etiam per
res, quæ in solutioné legitimam veniũt,
prout in obligatione deductæ veniunt,
quia generalitèr scriptum est aliud pro
20 alio inuito creditore, solui non posse,
nec è contrà peti inuito debitore, *l. 2. §.
2. de reb. cred. l. 1. ff. quib. mod. tollit. oblig.
l. eam. C. de solut.* nam symbolæ dicuntur
res in obligatione, & solutione quando
eadem specie, & numero recipiuntur, &
restituuntur: nempè si tibi mutuem cen-
tum de moneta tarenorum, siuè floreno-
rum, & similium, eâdem specié tareno-
21 rum, florenorum, & similium tu mihi
restituere obligaris, nulla conside-
rata ratione augumenti, vel detri-
menti monetæ in illa forma datæ, si
interim, cùm fiat restitutio contingerit
augeri, vel minui, *Bart. in l. Paulus* respõ-
dit *ff. de solut. Guid. Papa decis. 492. in
fine, Scaccia de commerc. & camb. §. 2. gl. 5.
num. 102. Rebuff. ad constit. Franc. tract. de
literar. oblig. art. 5. gl. 1. sub n. 5. vers. si ve-
ro tomo 1. folio 125. Petrus Gregor. Tholos.
Syntagm. iur. ciuil. Vniu. lib. 2. cap. 18. nu. 5.*
Attamen cessante omni damno in cre-
ditore poterit per debitorem vna mo-
neta pro alia solui, *Coler. tract. de process.
exec. par. 1. cap. 11. num. 4. & 7. vers. vnde
etiam, Albert. Brun. tract. de moneta in 2.
præsuppos. num. 1. vers. aliqui tomo 12. Boss.
tract. crimin. tit. de monet. nu. 2.* Maximè
attenta consuetudine totius mundi, per
quã vna moneta soluitur pro alia quan-
do creditor aliquod damnum non pa-
titur, *Curt. Sen. tract. de monet. sub nu. 23.
Benint. decis. 30. num. 2. Menoch. cons. 49.
num. 18. & 19. Ant. Sala tract. de moneta
casu 24. num. 13. & 14. Couar. var. resolut.
in tract. vet. collect. numism. cap. 7. §. vni-
co sub num. 1.* Et quando dicatur credi-
tor damnum pati pro solutione alterius
monetæ, vide *Scacc. d. §. 2. gl. 5. sub n. 108.
vers. declara nunc*, & in cuius damnum
cedat immutatio monetæ, vide eundem
Scacciam gl. subseq. per tot. vide *D. Reg. Ro-
uit. decis. 35.* vide *Thor. compend. decis. Re-
gni* in verbo *moneta tomo 2.* vide *Tholos.
loco cit. sub num. 6. & 7.*
22 Ac iterùm symbola est personalis di-
stractio intèr creditorem, & extraneum:
nàm quemadmodũ creditor remittere
potest sua sponte suũ debitoré, *l. sed, &
si lege, §. consuluit, ff. de pet. hared.* donans
dispéñandis rebus suis, *l. nemo externus, C.
de Iudic. l. re mandata, C. mandati, l. si quis
in conscribendo, C. de Episc. & Cler.* cui fa-
ctæ remissioni iterùm non datur regres-
sus, *l. quæritur, §. si venditor, ff. de edilit.
edict. cap. eos 7. qu. 1. cap. sic illis 23. qu. 4.*
cùm negans velle agere nõ est ampliùs
audiendus, *l. si maritus, §. si negauerint, ff.
ad l. Iul. de adult. l. 2. ff. ad Turpill. l. accu-
sationem, C. de ys, qui accus. non poss. l. dif-
famari, C. de ingen. manum.* quæ debiti
remissio regularitèr prodest etiam
principalis debitori, & fideiussori, *l. fin.
ff. de pact. l. cùm principalis, ff. de reg. iur. l.
nouatio, ff. de nouat.*
23 Sic etiam si reus debendi soluerit
etiam illis, qui pro eo interuenerunt li-
berantur, *§. item si reus, instit. quib. mod.
re contrah. oblig. l. in omnibus, ff. de solut.
l. is qui §. fin. l. stichum, §. naturalitèr, ff.
eod. l. 2. C. eod.* & si fideiussor soluerit li-
beratur ab eo creditore, cui solutũ est,
debitor principalis, *§. item ex contrario
instit. quib. mod. tollit. oblig. l. cùm is, ff. de
fideiussor.* considerato ipso effectu non
autem ipso iure, quia debitoris nomine
solutio facta non est, sed soluentis, *l. Pa-
pin.*

pt n.ff.mand. prout nec liberatio per pactum de non petendo personale contingens, fideiussori, vel mandatori, non creditori prodest in aliquo reo debendi, *l. fideiussoris, ff. de pact.* nisi in rem suã fideiussor fuisset, *l. fideiussor, & l. seq. ff. de pact.* prout extraneus soluens pro debitore, etiam ipso inuito consentiente tamen creditore liberatur debitor effectu non ipso iure, *l. soluendo, ff. de negot. gest. l. soluere, ff. de solut.* quia tùnc non soluitur debitoris nomine, *Carauita in ritu 169. num. 1. & 2. Surd. decis. 174. nu. 27. Curt. decis. 61.* diximus *in tract. de assist. quæst. 6. in princ.* adde *Tholos. loco cit. sub num. 13.*

24 Rursùs symbola est reali distractioni, si penès debitorem instrumentum, vel chyrographum, in quibus debitum cõtinetur reperiatur, *l. 2. §. 1. ff. de pactis, l. qui chirographum, ff. de leg. 3. cap. sanè iuncta gl. in verbo reddens de renunciat. l. mortis causa, §. Titio, ff. de donat. caus. mort.* nisi doceat creditor chirographũ contrà voluntatem suam peruenisse ad debitorem, *l. quod debitori, C. de solut.* aut alio modo constet, & probetur non esse solutum, sicuti per cancellationem instrumenti præsumptio est debitum fuisse solutum, tamen non excludit probationem in contrarium creditoris, *l. si chirographum, ff. de probat.* quemadmodùm solutionem probanti debitori nihil obstat, si inductũ, vel cancellatum nõ fuerit instrumentum, *l. inductum, C. de solut. Mascard. de probat. concl. 379. in fine, Tholos. loco cit. num. 39.*

Ratio videtur esse, secundùm *Ruinum cons. 44. num. 3. lib. 1.* quare per traditionem instrumenti à creditore debitori factam censeatur creditum, siuè debitũ remissum, quia creditor tenetur reddere instrumentum debitori, recepta ab eo solutione, *l. dissoluta, C. de condict.* igitur traditio illa censetur facta ex causa necessaria solutionis iam secutæ.

25 Extenditur primo talis præsumptio, vt locum etiam habeat, quãdo hoc crediti instrumentum redditum fuit illi, sub cuius generali protectione, vel potestate est ipse debitor, nempè si instrumentum debiti Ecclesiæ consignaretur Summo Pontifici, qui super omnes Ecclesias generalem habet potestatem, tùnc enim præsumitur remissum debitum illius Ecclesiæ, *Innoc. in cap. cùm pridem de pact. post Ias. & Angel. in l. 2. ff. eod.* voluit *Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 104. sub num. 3.*

26 Extenditur secundo, vt locum habeat hæc præstatio, quando eodem in instrumento duo essent ipsi creditori obligati: nàm tùnc secundùm *Abbatis* distinctionem *in Cap. Ecclesia el 2. nu. 14. vt lite pend.* & *Caccial. pract. q.* 8. dicendum, quod aut is cui traditum est instrumentum non est aptus ad procurandum, & in iudicio agẽdum, vt si est mulier, vel puer, & ipse creditor solitus, & aptus iudicia pertractare, vel si creditor est diues, ille verò debitor est pauper, tali casu procedit opinio *Gugl. & aliorum in d. l. 2. §. 1. & sequacium.* Aut creditor tradidit instrumentum illi, qui consueuit iudicia pertractare, & lites peragere, vel si creditor est pauper, ille verò diues, & hoc in casu procedit opinio *Alex. & Ias. in d. l. 2.* quod scilicèt præsumatur traditum instrumentum, vt is exigat ab altero debitore, & creditori deindè restituat exactum, & in hac distinctione residet *Menoch. d. præsumpt. 140. num. 7.*

26 Extenditur tertio, vt habeat etiam locum hæc præsumptio, quando de eodem debito extarent plura instrumenta, & creditor vnum eorum tradidisset debitori, *Bart. Alex. & Ias. in l. 1. ff. de pact. Salyc. in l. 1. possess. C. de probat. Abb. & Butr. in d. cap. Eccl. Ruin. cons. 75. num. 1. in fine lib. 2.* rationem adducit *Menoch. d. præsumpt. 140. sub num. 9.* quia instrumẽtum dicitur esse vnicum, & si de eo confectæ fuerint plures scripturæ, & exempla, iuxtà *l. vnum testam. ff. de testam.*

28 Extenditur quarto, vt procedat etiã dicta præsumptio, quando ipsius instrumenti originale remaneret penès Notarium: nàm adhùc debitori censetur remissum debitum, *Ias. in d. l. 2. n. 6. ff. de pact. post Bart. in l. vlt. ff. de his, qui in testam. Delen. & Bald. in l. nostram, C. de testam.* Ratio est, quia originale semper remanere debet penès Notarium, & ob id debitori tradi illud haud potest, quinimo nec exhiberi per creditorem penès

nès acta curiæ peti potest, *Franch. decis.*

29 Extenditur quinto, vt locum etiam habeat in Thesaurario Principis, vel Fisci, apud quem si reperiantur chirographa, quæ collectas appellant, præsumitur ei soluisse, *Menoch. d. præsumpt.* 140. *num.* 11.

Extenditur sexto, vt procedat etiam quoad remissionem pignoris, & hypothecæ, quæ remissa etiam præsumuntur, *l. creditricem, C. de remiss. pign.* ex quo remisso principali censetur etiam remissum accessorium, sicuti dicitur, quod liberato debitore principali censetur liberatus etiam fideiussor, *l. vlt. in fine, ff. de iureiur.* post alios tenet *Menoch. d. præsumpt.* 140. *sub num.* 13.

30 Extenditur septimo, vt habeat locũ etiam hæc præsumptio è contra, quando ipse debitor, cui à creditore traditum fuerat crediti instrumentum, illud retrotradidit eidem creditori: nàm tùnc præsumitur debitorem se reposuisse in pristina obligatione, quando talis est, quæ pacto possit resuscitari, iuxtà *l. si vnus, §. pactus ne peteres, ff. de pact.* prout intelligunt communitèr Doctores *in d. l. 2. Seccin. in tract. fallent. lit. L. regula 4. vers. fallit 4.* quæ præsumptio, in qua denuo debitor se reposuit fundatur in quadam remuneratione, iuxtà *l. si vero non numerandi, §. idem Papinianus, ff. mand.* quod sanè intelligendum est, quãdo debitor sic retrotradẽdo creditori instrumentũ, non præsumatur priùs ab eo liberatus, sed quod potiùs creditor ei tradiderit instrumentum, vt possit se informare, & cognoscere se debitorem esse, & in hoc casu præualet opinio *Baldi in l. vnica, §. ille C. de latin. liber. tollend. Abb. in d. cap. Ecclesia col. vlt. & Garz. in d. l. 2. §. 1. num. 6.*

31 Limitatur modo primo, vt dicta præsumptio locum non habeat si debitor habens penès se instrumentum, diceret se liberatum virtute pacti: nàm tùnc, tametsi apud se habeat instrumentum, nõ censetur liberatus: nisi probet huiusmodi instrumentum fuisse sibi à creditore traditum: *l. labeo cùm ibi, notatis, ff. de pact.* rationem adducit *Mascard. de probat. d. concl.* 477. *sub num.* 4. quia pactũ de non petendo sapit naturam donationis, quam quis in dubio non præsumitur facere, *l. si filiusfam. ff. de donat.*

32 Secundo limitatur hæc præsumptio, vt locum non habeat, quando instrumentum traditum est debitori per procuratorem, vel actorem: tùnc enim non censetur liberatus debitor, nec ei remissum debitum, *Bald. in d. l. 2. n. 2. vers. & si tu quæris, ff. de pact.* nisi procurator fuerit constitutus ad exigendum, quia tùnc benè habebit locum dicta præsumptio ad tradita per *Menoch. d. præsumpt.* 140. *sub num.* 15.

33 Tertio limitatur, præsumptionem hanc locum non habere, quando ipse creditor renunciasset ipsi instrumento, illudq; posteà debitori dedisset: nàm tùnc creditor non præsumitur remisisse creditum, sed probationi dumtaxàt renunciasse ipsius instrumenti *Bald. in d. l. 2. num.* 1. motus ex dispositione *l. 3. C. de fide instrum.* aduersùs quod non repugnat *Iasonis* consideratio *in d. l. 2. nu. 9.* vbi dicit, quod si tradendo instrumentum, præsumitur remisisse debitum, multo magis, quando ipsi instrumento fuit renunciatum *arg. l. postquam lit. C. de pact.* quia respondetur *Baldum* allocutum de remissione instrumenti, dùm allegat *d. l.* 2. non autem de remissione ipsius iuris, vt loquuntur cæteri Doctores *in d. l.* 2. & sic affirmat etiam *Menoch. loco cit. sub num.* 17.

34 Quarto limitatur dicta præsumptio, vt locum non habeat, quando creditor priùs exigisset illud, quod in instrumento continetur, quia tùnc tradendo creditor instrumentum debitori, intelligitur id fecisse ad comprobandum sibi fuisse satisfactum, atque ad exequendũ, quod de iure sibi exequi competebat, nempè ad tradendum instrumentum debitori, post sibi ab eo debitum solutum, *l. dissolut. C. de condict. ex lege.*

35 Quinto limitatur dicta præsumptio, vt locũ non habeat, quando alia coniectura sumi potest, quàm remissionis, & solutionis debiti, vtputa si cùm litigares cùm aliquo de venditione à me tibi facta, & tradidi tibi instrumentum, in quo continebatur promissio pretij, vt posses te ab illo defendere, tùnc non intelligitur

gitur traditum instrumentum, vt te liberarem, sed vt probarem, tibique ostẽderẽ pretij promissionem, sic *Bal. d. Castr. & Ias. in d. l. 2. Abb. in d. cap. Ecclesia n. 14. Socc. d. reg. 9. fall. 1.* vel si tibi fideiussori tradidi instrumentum crediti, vt experiri posses contrà principalem, non præsumitur, quod te, vel principalem liberem, *Abb. loco cit.* aut si instrumentum contineret obligationem, & factum vtriusque vltro, citroque, & ità ageretur de interesse vtriusq; habendi instrumentum apud se, prout dixit *Ruin cons. 215. num. 16. lib. 1:* post cum comprobauit *Menoch. loco cit. sub num. 19.*

36 Septimo limitatur prædicta præsumptio, vt non habeat locum, quando redditum est instrumentum, in quo non continetur ius in re, sed tantùm ius in spe, tùnc enim non continetur liberatio, *Soccin. d. reg. 9. fall. vlt. post Abb. d. cap. Ecclesia num. 10. in fine*, vtputa si redduntur literæ supèr institutione fienda: nàm tùnc non dicitur resignatum, atque ità remissum ius in re, tanquàm adhùc non quæsitum.

37 Septimo limitatur prædicta præsumptio, quando debitor est persona domestica creditoris, & non probasset ab eodem creditore, vel ab alio de eius mandato habuisse dictũ instrumentum, quia tùnc præsumitur habuisse aliundè, quàm à creditore, *Consil. & comm. Doct. in d. l. 2. Abb. cons. 59. num. 11. vol. 2. Guid. Papa in tract. de præsumpt. post nu. 22.* vers. *si verò virtute solutionis Crau. cons. 500. num. 11. lib. 2. Mascard. d. conclus. 477. num. 13. Menoch. d. præsumpt. 140. sub num. 11. & 12.*

38 Limitatur octauo dicta præsumptio, vt locum non habeat, quando instrumentum fuit modico tempore apud debitorem, contrà quem agere cæpit creditor: nàm tùnc non præsumitur ipsi debitori à creditore traditum, vt cum liberaret à debito, *Castr. d. l. 2. n. 5.* vers. *aut est præsum. ff. de pact. Abb. & Butr. in d. cap. ecclesia, Crauett. d. cons. 500. nu. 6.* vbi rationem adducit.

39 Limitatur nono dicta præsumptio, vt nec etiam locum habeat, quando restitutum fuit pignus: nàm tunc non præsumitur remissum ipsum debitum, quia ex illa restitutione, & traditione pignoris debitor sentit quamdam commoditatem, & sic potiùs præsumitur restitutum pignus ad dictam aliquam vtilitatem, & commoditatem ipsius debitoris, quàm pro liberatione debiti, *l. 3. ff. de pact. Guid. Papa cap. ex liter. num. 5. de consuet.* & alia est ratio, quia in chirographo siuè instrumento consistit ius obligationis, non autem in pignore *Martinus, & Vgolinus* antiqui glosatores adducti *ab Accurs. in d. l. 3. Bart. in rad. l. 3. n. 2. & in auth. ad hoc §. ille autem num. 3. & 5. C. de latin. liber. toll. & in tract. de pact. num. 51.* post alios *Menoch. loco cit. sub num. 26.* qui subdit non obstare *Accursy, & sequacium* considerationem *in d. l. 3.* quando dixerunt, quod imò in scriptura non consistit ius obligationis: cùm sine ipsa scriptura, quæ ad faciliorem probationem sit adinuenta, in persona consistat obligatio, *l. contrahi, ff. de pign. act.* ergo neque chirographo restituto videtur remissa obligatio, quæ in persona debitoris est radicata, si esset vera eorum opinio. respondetur quod & si scriptura obligationem non perficiat, tamẽ absque dubio probationem facit; quoad fidem adhibendam Iudex ità adducitur, iuxtà *l. quinquaginta, ff. de probat.* & deindè compellat debitorem soluere, restituta igitur scriptura præsumitur remissum debitum: cùm partes ipsæ noluerint cõsistere vim probationis, qua mediante, legitimè exigitur, & dùm à creditoribus remittitur, debitum dicitur, & remissum, quod non contingit in restitutione pignoris, in quo non consistit ius creditoris, nempè probationis, & exactionis, sed securitatis, dũtaxàt *l. rescriptum, ff. de distract. pign.* & sic remittẽdo creditor debitori pignus, censetur securitatem illam dimittere, quod non est in chirographo, quod in se certam continet probationem: Vndè si in chirographo adest etiam descriptũ pignus, dicetur bene, & pignus etiam remissum per dimissionem chirographi *d. l. creditricem, C. de remiss. pign.* cùm hęc descriptio pignoris in chirographo sit accessoria ad ipsum principalem, diuersum est in sola pignoris restitutione: cũ sublato hoc accessorio, non censetur

sub-

sublatum, & remissum illud principale: non enim liberato fideiussore censetur liberatus principalis debitor,& si è cõtrà liberato principali, cẽsatur liberatus etiam,& fideiussor,vt concludit *Menoch.d.consil.*140. *in fine*, & de intentionali distractione, vide *Ruin.consi.7.sub num.3.ff.eod.*vers.*ad primam difficultatẽ.*

39 SECVNDVM PRINCIPALE EST SYMBOLVM intèr cõtractũ,et distractũ in acceptilatione,quæ propria symbola est cùm verborum obligatione, vt *in l. an inutilis, §. acceptum,ff.de accept.§.item per acceptilationem instit. quib.mod.tollit. oblig. l. vlt. naturale, ff. de regul. iur.* & symbola esse debet cùm obligatione, & nisi verum sit, quod in acceptilatione demonstratur, inepta esset acceptilatio, *l.nisi consentiat, ff.de accept.* Vndè si re contracta esset obligatio non tolleretur per acceptilationem, quia acceptilatio non est symbola cùm contractu,qui nõ verbis fit, vt *in l.si acceptilatum fuerit, ff.eod. diximus d.cap.3.sub num.*14.

40 Ideò si quis voluerit ea, quæ ex alio contractu, quàm verborum debentur accepta ferre, priùs debet per *Aquilianam stipulationem* debitum nouare, & in verborum obligatione conuertere, & sic postea accepto ferre, *l. 3. C. de acceptilat.l.4.C.de transact. d. §.item per acceptilationem*, Aquiliana enim stipulatio viam sternit acceptilationi,& materiam disponit, redditque idoneam ad symbolizandum, quæ alitèr respuit acceptilationem, *Petrus Gregor. Thol. Syntagm. iur. ciuil. Vniu. lib.* 21. *cap.*19. *sub num.*3.

41 Res reddunt à sui symbolo acceptilationes inutiles, quia inefficaces omninò sunt,veluti neque consensum,neq; pactum habentes, *l.an inutilis, ff. de accept.*Vndè nisi re contracta esset obligatio non tolleretur per acceptilationem vt supra diximus: tamen quando virtualitèr aliquod pactum continere valet potest exceptione doli mali, vel pacti tueri *d.l.si acceptilatum, l.cùm emptor ff.de rescind. vendit.l.si vnus,§.acceptilatio ff.de pact.*quod non est in acceptilatione inepta,quæ inter absentes, vel sub conditione,vel in diem fiat,*arg.l.*1.*§.cũ qui ff.de constit.pec.*vel ratione rei, *l.cùm emptor,ff.de rescind. vendit.d.l.si acceptilatum.*& sic intellige quæ diximus *dicto cap.3.sub num.*18.*& seq.*

42 Personæ,quæ aliam per acceptilationem possunt sunt ipsi symboli creditores,& debitores,qui rogare possunt,nẽpè qui debent, & quibus debetur *l. an inutilis, ff.fin. ff.de acceptilat.* cùm acceptilatio sit stipulatio verbis facta, stipulationẽ autem nemo altero quærere regulari iure potest, *l.stipulatio hoc modo concepta, §.alteri, ff.de verb. oblig.* Vndè sequitur per procuratorem nec liberare,nec liberari quispiam acceptilatione absque speciali mandato, *l. per procuratorem, ff. eod.* & nisi priùs nouaret obligationem,& in suam personam transfũdat, prout de Tutore, & Curatore dicimus per *l. & per ius iurand. §. Tutor, ff. eod.* nec seruus iussu Domini acceptum facere potest, *l.seruus, ff. eod.* nisi priùs sibi stipuletur, & nouet *d.§. Tutor,* possunt benè seruus,& filiusfam. liberare Dominum, & Patrem respectiuè ab eo debito, quod ipsi debent rogando per acceptilationem, quia hæc liberatio species est acquisionis,*l.Spec.ff.eod.*& licèt pupillus absque Tutoris authoritate, & solemnibus verbis liberare debitorem non valeat per acceptilationem, *l.*1. *C.de accept.* liberari tamen, & absq; Tutore benè potest, *l.*2. *ff. eod.* cætera vide *in d.cap.*3.

43 TERTIVM PRINCIPALE EST SYMBOLVM intèr contractum, & distractum in nouatione,quia nouatione similitèr eliditur obligatio, *text. in l. actione,C.de transact.*ea dumtaxàt differentia cùm acceptilatione, quia acceptilatio omninò distrahit vt supra diximus, nouatio verò primam distrahit, & alteram confirmat, vt patet ex eius diffinitione: cùm nouatio sit prioris debiti in aliam obligationem vel ciuilem, vel naturalem transfusio, atque translatio *l.*1.*ff.de nouat.*& dicta tantum si quid in posteriori obligatione noui sit, *§.præterea quibus mod.tollit. oblig. instit. l.Paulus,ff.de nouat.* idest cùm ex præcedenti causa,ità noua constituitur,*Episc.de Afflict.contr.iur.resolut.cap.*15.*num.*3.

44 Nouatio diuiditur in voluntariam, & necessariam, voluntaria ea est,quãdo

ex voluntate contrahentium fit, *l. fin. C. eod. d. §. præterea.* Necessaria quando per litis contestationem intèr easdem personas sine interuentu alterius ea fit, *l. delegare, ff. de nouat.* nouatur, si res semel in iudicio deducta, vel cùm aliquo actum est, vel ab alio, *l. solutionem, ff. solut. l. si pro parte, ff. de in rem vers.* cùm non prohibeamur pluribus actionibus etiam simul experiri, vt ex vno debito plura nascantur in quantum vna alia plus contineat, *l. cùm ex vno, ff. de act. & obligat.* nisi lex vna tantum vti iubeat, *l. quoties sex, ff. de act.* si plura delicta in vna re concurrant, & ad illa plura concurrant actiones, sed vna tantùm vtendum est, *l. plura delicta, ff. de act.* maximè vnum confunditur cùm alio, *D. Reg Latro decis. 78. per totam vol. 1.* & cùm ob diuersa negotia diuersis vtimur actionibus, litis contestatio vnius alteram non tollit *l. si fundum Cornelianum* §. 1. *ff. de nouat.* nec impediunt se in exactione, vel petitione, *l. nunquam ff. de priuat. delict.* & quando plures actiones ciuiles, & criminales pro re familiari competunt vna post aliam intentari poterit, *l. 1. C. quando ciuil. act. crim. praiud.* Ità electa hypothecaria actione aduersus debitorem, pignore non sufficiente ad solutionem integri debiti, poteſt redire debitor, vt reliquum consequatur ad personalem actionem, *l. aduersus, C. de act. l. creditor quod non idoneum, ff. de reb. credit. l. pro mutua. ff si cert. petat. l fin. C. de iure dom. impetr. l. quæsitum, ff. de pign.* In quibus enim nouatio est actionum permissa, electio vnius ad aliam redire poteſt post contestationem iure regulari non impedit, ac in quibus electio est facienda de expluribus, litis contestatio in vna, aliam excludit, tollit, & nouat necessario, *Thol. d. cap. 21. num. 21. in fine,* vbi concludendo dicit, quod si creditor hæreditatis, qui obligationem, paratamque habet actionem contra hæredes Testatoris, qui vendiderint hæreditatem, si experiatur contra emptorem hæreditatis, & ille defenderit, tacita facta nouatio dicetur, nec agere poteſt contrà hæredes *l. 2. C. de pact. l. solutione, ff. de solut.* veluti: cùm alius pro reo iudicium suscepit, *l. si vt certo, §. si duobus, l. alterutro lis, ff. cõmod.* & an hoc sit verum, vide quæ diximus *cap. 6. tit. 1. sub n. 31. & seq.* Vndè si duo rei debendi, vel experiundi contrà cõmunem debitorem, vel furem actione furti ex deposito agere possint; tamèn vno agente, alterius actio contrà furem tollitur, *l. si quis stipulatus, ff. de verb. oblig.* Item si quis stipulatus fuerit alternatiuè, vt Titium, aut Sempronium, quem voluerit, petito vno, ad alterum actio præcluditur, *Thol. loco cit.*

45 Nouatio symbola est omni, distractionis, vel cuiuscumque modi contractus generi, nempè vel si re, vel si verbis, vel si literis, vel si consensu, contrahatur, vel distrahatur, *l. 2. ff. de nouat.* vel si ciuilitèr, vel si naturalitèr, *l. 1. ff. de nouat.* in quibus innouantur res, tempus, personæ, conditiones, siuè qualitates negotiorum. Res veluti si fundum *Cornelianum* stipulatus, posteà nouàdi animo stipuler æstimationem eius, alioquin cessante animi nouatione duæ essent stipulationes, & vtrumque deberetur, *l. fundum Cornelianum, ff. de nouat.* fit nouatiò legatorum, & fideicom missorũ relictorum, *l. stichum, ff. de nouat.* nouatur, & futura stipulatio, & obligatio, *d. l. stichum, §. si quis ità,* & vna nouatione plures, *l. fin. §. fin. ff. eod.* Nouatio temporis, vt si dies obligationi adijciatur, vel detrahatur, *§. sed si eadem persona quib. mod. toll. oblig. instit.* & de huiusmodi nouatione satis diximus *in d. cap. 6. à n. 16.* vsque ad finem; & *in tract. de assist. qu. 16. nu. 26.* vide *Duran. decis. 266 parte 2. D. Præs. Merl. contr. forens. cent. 1. c. 91. n. 12.*

46 Videndum quando delegatio nouationi sit symbola: cùm ea per nouationem fiat nisi demum consentiente debitore per stipulationem, *l. 1. C. de nouat.* quia dèlegatio per nouationem fit, & perficitur; non enim è contrà nouatio per delegationem, prout ex cõmu niori, affirmat post multos *Episcop. de Afflicto contr. iur. seruat. cap. 25.* licèt delegatio vicem solutionis obtineat, *D. R. Sanfelic. decis. 360.* ad quam perficiendam tria principaliora requiruntur. Primo, vt delegatarius sit creditor delegantis eiusq; actio ab omni exceptione absoluta, aliàs non erit delegatio *de Afflicto loco cit. n. 17.*

num. 17. 18. 19. 20. *&* 21. Secun-
do, quod idem delegatus per stipu-
lationem delegatario soluere promittat
l.delegare,ff.de nouat.l.1.C.eod. Tertio,
quod nouatio, quæ fit à delegatario
sit simplex, & absoluta, ità vt radix
ipsa obligationis à persona delegata-
rij incipiat non autem illi fiat tanquam
repræsentanti delegantem, eiusque suc-
cessori,& cessionario, secundùm eundē
de Afflict.loco cit. sed voluit dicere *de*
Afflictis, quod sic fieri debet delegatio
per nouationem, non verò nouatio per
delegationem, vt malè sentierunt alij,
quia sic assentiendo fatentur materiam
fieri per formam,& è contrà, quod non
currit in rerum natura,prout nec curre-
re posset in iure nisi ratione sui symbo-
li,nouatio per stipulationem,& stipula-
tio per voluntatem,& præsentiam con-
trahitur, *l.1.ff.de verb.oblig.* notat *gl. in*
l.3.C.de hæred.vel act.vendit. ergo dele-
gatio vt irreuocabilis fiat,omninò sym-
bola esse debet nouationi.*ad text.in l.3.*
C.eod. cuius intellectus valdè extorsit
Doctorum ingenia, adeo quod vix ali-
quis eorum scopum attigerat, confite-
tur *D.Præses Merlin.contr.forens.cent.2.*
cap.31.in princ. & proindè dixit ipse,
quod quemadmodum idem ius sit in
tradendo corporalia, & cedendo incor-
poralia,*l.traditionibus,C.de pact.l.1.C.de*
act. & oblig. ea tamèn differentia, quia
per traditionem rei corporalis tota res
cùm iuribus suis transit, incorporalis
verò prout sunt iura, & actiones, vtiles
dumtaxàt non directæ cedi possunt,
quia directæ tanquàm ossibus cedentiū
infixæ cedi nullatenus possunt,*l.3.ff.pro*
socio,& l.si quis ergo, ff.de peculio,Afflict.
decis.335.Cacher.decis.62.n.4.Negus.de
pign.membro 3.par.2.num.31. Surd.cons.
444.num.3. lib.3. D.Carleual. de Iud.
lib.1.tit.2.disput.4.sub num.13. ea-
rum tamen exercitium potest transferri
in mandatariū, simul cùm actione vtili:
nàm mandare actiones nihil aliud est,
quàm eas,quæ vni competiit alijs exer-
cendas committere, itaut suo quidem
nomine, ex persona tamen cedentis eis
vtatur,*l.vlt.C.quando fiscus, vel priuat. l.*
qui stipendia,C.de procurat. D.Cons.Arias
de Mesa var.resol.lib.1.cap.19.sub n.11.

Cùm ergo cessionarius consequatur
omnia iura cedentis, *l.si ager in fine*, vbi
Doct. ff. de reiuindic. eiusque personam
inducit,*l.si donata, §.1.ff.de donat. inter*
vir.& vxor.Surd.decis.308.nu.1. nàm is
qui cedit quasi discedit, & alium in sui
locum substituit, *Bald. in l.ex legato n.2.*
C.de legat.Henriq.de fideiussor.cap.28.par.
3.nu.5. adeo quod cessionarius propriè
creditor efficitur *Roman. cons.141. Ant.*
Fab.in suo Codice lib.4.tit.7.defin.1.Gabr.
Schifordegero lib.3.forens.tract.23.q.12.
ad finem, & sine excussione potest debi-
48 torem cessum conuenire, *Crauetta cōs.*
406.nu.16.lib.4. & transit in cessionariū
etiam instantia cæpta si cedatur simul
cùm ipsa re cessa *D.R.Rouit.cōs.82.n.11.*
vol.1.Giu ba decis.107. & si dissentio sit
intèr Doctores, in fine speciali cessione
transeat instantia in cessionarium prout
intèr ...... *cons.287.à n.3.lib.1. & Af-*
flict.decis.354.et Polyd.Ripa obseruat.95.

Et vt vtiles actiones rectè transeant
in accipientem oportet, vt iusta causa
intercedat,*l.per diuersas,& l.ab Anastasio*
C.mandati,& ne dùm causam, sed realē
causæ existentiam esse probandam *Fe-*
deric. de Sen cons.177. Alex.cons.137.
lib.2.Card.Tusc.concl.204.lit.C.Crass.in
tract.de cess.iurium,& act.§.1.nu.5. quia
si iusta causa deficiat, abesse etiam vi-
detur cedentis voluntas sine qua nulla
est translatio *Ant.Fab.lib.11.coniect.cap.*
11.Schifong.lib.3.forens.tract.27.qu.2.
prout in rebus corporabilus nuda tra-
ditio non transfert dominium, *Bart. in*
d.l.per diuers.n.9. Alciat.l.si quando num.
431.C.vndè vi. Menoch.de præsūpt.lib.3.
præsumpt.129. Carpan.ad Stat. Mediolan.
cap.445.n.36.lib.1. quod adducit, & se-
quitur *Arias d.cap.19.sub n.10.*& ad pro-
positum vide, quæ scripsimus *in nostro*
tract.de assist.q.11. vbi satis super dispo-
sitione dictorum iurium *per diuersas, &*
ab Anastasio.

50 Difficultatem ex suprapositis excer-
psit *D.Præses Merlinus d.cap.31.sub nu.9.*
an scilicèt cedens possit post cessionem
factam in cessionarij præiudicium à de-
bitore cesso debitum exigere, num cùm
eo transigere, debitumuè ei remittere?
Item ne cedenti hoc liceat, nùm satis sit
simplex debitoris cessi scientia, an verò

præcisè necessarium sit vnum ex tribus requisitis *in d.l.3. C.de nouat.* vt contingit disputari intèr Doctores *in d.l. 3.* & etiam *in l.fin. ff.de transact. & in l.facta ff.si hæres, ff.ad Trebell. & in l. nomen, C.quæ res pign.oblig.poss. & in l.1. C.de except.& in l.creditor, §. nominis venditor, ff.de hæred.vel act. vendit.* in quibus omnibus de spontanea solutione, & similibus, de quibus apud eũdem *D. Præsid.Merlin.loco cit.* prout contingit.

51 Et cùm hæc causa disputari occurrisset in S. R. C. in causa intèr Carolum Caracciolum, & hæredes qu. Camillæ Carafa, fuit votatum pro cessionario, nõ obstante remissione facta per cedẽtem debitori post cessionem factam, ex vi illius clausulę *ponendo, et substituendo eum in locum suum*, in qua nulla habita fuit ratio de distinctione, quã in tali articulo refert *Thes.d cis.201. num.7.* teste *D. Arias de Mesa d.cap.19. sub num.6.* & sic nulla probabilis ex decisione illa excipi potest regula, ex quo multa in illa facti specie perpendebantur, quæ certam resolutionem excludebant.

52 Pro quarum difficultatum in eadem facti specie exclusione dicebat *D. Merlinus loco cit.* vulgarem esse distinctionem ad quam quotidie nostrates recurrunt, vtrum scilicèt ad cedentis tantummodò commodum, & periculum, an tantum ad cessionarij, an vero vtriusque cedentis scilicèt, & cessionarij cessio facta sit.

53 Quorum primum exemplo demonstrant in eo, qui creditori suo tanquàm simplici procuratori iniungit, vt quod à debitore suo consequi debet sibi exigat, eiusdem tamèn cedentis nomine, & periculo, hic modus contrahendi vera cessio dici non poterit, sed dicetur actiones mandari ad cedentis vtilitatem dumtaxàt, ad quem exactionis, commodum pertinet, vt *Salyc.* declarat post *gl.*& alios *in l.1. n.2. vers.aut cessio, C.de act.& oblig.& in d.l.3.C.de nouat.*& tùnc mandatarius dicetur nudus minister in exercitio directarum, nulla in eum translatione vtilium facta, secundùm *Bart.in l.facta, §.si hæres n. 3. ff. ad Trebell.Sicard.in d.l.3. nu.5.& 10.Duar. decis.34. num. 33.par.1.* cùm valdè distet intèr mandare, & cedere actiones, quamuis quandoque soleant esse symbolæ, *D.Reg.Rouit.d. cons.75.nu.7. lib. 1. Mauson.de causa execut.exemplo 9. n.15. Guzman.de euict.cap.35.n.101. vers. cùm cessio.*

Secundum exemplo demonstratur: cùm nomen debitoris sui alteri vendit, vt *in l.cùm emptore, ff. de pact. l. emptor, C.de hæred.vel act. vendit. l.ex legato, C. de legat.l.si conuenerit, ff.de pign.act.l.nomen, C.quæ res pign.oblig.poss.l.vlt.C.quãdo fisci, vel priuat. vel in causam dotis assignat.l.2. C.de act. & obligat.* vel donat eo casu, quo de euict. non tenetur, *l. Aristo in fine, ff. de donat. obserua. Cum. cons.4. num.3.* ob easque causas suas cedit actiones, periculo tamen cessionarij, seù ità recipientis, *l. vt pupilli, §. soror, ff. de solut.* tùnc benè vera dicetur cessio, quæ magis videtur fieri in consequentiam præcedentis contractu, siuè onerosus sit, siuè lucratiuus, *Surd. cons.22. num.31. & seq. D.de Franch. decis. 108. num. 2. Gait. de credito cap. 2. tit. 3. num. 445.* nullumque hoc casu consequitur cedens commodum, nullumque periculum subit, & à principio nomen debitoris cessum non erat soluendum, quia tùnc bene cessionarius contrà cedentem regressum habere potest, *D.Reg.de Marin. resolut. lib. 1. resolut. 42. in princ.* & vt post alios *D. Reg. Galeota contr. 32. num. 20. & seq.* ne cedens cedendo in excussum nomen debitoris locupletetur cum aliena iactura, prout etiam fauore dotis dixit *Barbosa in l. æstimatis num. 11. & seq. ff.solut. matr.*

54 Tertium exemplo demonstrant: cùm debitor seipsum à creditore liberat, cedendo ei creditum à Titio consequendum, ipsumq; insolutum dãdo, non tamen omninò cessionarij periculo, nempè cùm promisit cessum nomen non solùm verùm, sed etiam locupletẽ, vel exigibile, & vtique vera cessio est, in qua consequitur vterque cedens, & cessionarius, æquale commodum: nàm cedens liberatur à suo debito, quatenùs cessio subsistit: cessionarius verò creditum consequitur, *Sforz. in repet.ad text.in d.l.3. C.de nouat.impress. post tract.eiusdem de compend.subst.*

55 Vndè

55 Vndè subdit *D. Merl. d. c. 31. n. 9.* non benè sēisse *Ant. Fab. qui lib. 12. coniect. c. 6.* putat ad primū distinctionis caput referēdam esse speciem, de qua *in d. l. 3. C. de nouat.* nempè vbi mandatæ sunt tātūmodò actiones, quasi hoc casu omne commodum ad cedentem spectet, eademque erroris clade coinquinati sequaces, quia eiusmodi intellectus repugnat ex diametro textus literæ, quæ licèt mandatas signet actiones, non tamen factum fuisse solutionis causa creditori, ibi, *Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quāuis creditori tuo, aduersùs eum solutionis causa mandaueris actiones*, & per consequens ad cōmodum, & periculum vtriusq; vt punctualitèr obseruauit *Cach. decis. 62. n. 9. Gait. d. cap. 2. tit. 3. n. 478.* alias, dicūt isti, frustra quæreret ibi Imperator, num delegatio facta sit, ad exneruandam cedentis contrà debitorem cessum potentiam agendi, si de simplici actione mandata ageretur, atque esset de indubitabili quærere: nèc ideò impertinēs videtur, in illa specie illud, *mandaueris actiones*; nàm præter quam sumi debet, pro *cesseris, Sicard. in d. l. 3. n. 5.* duplicitèr tamèn intercedi potest mandatum illud: vel simplici procuratori, per cuius medium cedens creditum cōsequitur suū, vel creditori ipsius cedētis, in quē, cùm nonnisi vtiles actiones transferri valeant, illæq; non adeò efficaces sunt, vt directas penitùs elidant, quę ossibus cedentis adhùc inhærent: Vndè remanēt actiones communes inter cedentem, & cessionarium, suntq; quodammodò duo actores credēdi insolidum actiones habentes, vnus directam, alter vtilem, secundū *Cuman. cons. 4. n. 5.* nàm cū adhuc cessionarius efficaciùs agat, solet cedēs exercitium directarum in eum transferre, quod proprium est mandare, quā cedere actiones, vt in specie *text. in l. Meuia, ff. solut. matr.* diceturque is, cui talis cessio facta est, quo ad vtiles verè cessionarius, quoad exercitium directarum procurator in rem suam, tanquàm eas mandatas habens, vt per *Angel. cōs. 259. n. 3.* quod fieri solet ex illis solitis claufulis, *ponens scilicèt cessionarium in locū suū constituens eum procuratorem in rem propriam, nihil sibi reseruans*, quarū clausularū tanta est efficacia, vt frustratorias remanere faciant actiones directas pęnès cedentem, adeo quod omnibus nō concurrentibus, de quibus *in d. l. 3.* nūquam valeat etiam cedens debitū cessum exigere, vt ex communi testatur *D. Merl. loco cit. sub n. 19.* & sic practicari affirmet etiā *D. Carl. d. lib. 1. tit. 2. disput. 4. sub n. 16.* contrà, quos alitèr tenuerūt, maximè si ibi cedens iureiurando se abstinuit de non controueniendo cessioni, *Thes. d. decis. 201. num. 7.*

56 Ideò habes, quod quando cessio fit gratia mandātis, manere directas actiones, prout ante cessionē apud cedētem efficaces, nec vtiles in eum cui mādatæ directè sunt transferri, sed directarum exercitium dumtaxàt, eo quod nèc mādatarij interest, vt aliquid ampliùs in eū trāslatum sit, vtpotè, qui nomine mādātis agit ipsiusque commodo, & periculo: & an, & quando factum cedentis in isto casu noceat cessionario, vide *Bart. in l. si cùm emptore n. 1. ff. de pact.* & quæ contra adnotauit *Cacher. decis. 45. nu. 4. Fab. de Anna in annot ad Ioann. Vincent. Patrem sing. 486.*

57 Et quando cessio facta in gratia cessionarij tantùm, & translatę dicuntur in cessionarium vtiles actiones, remanseq; pęnès cedentē efficaces directę, ex quibus fieri potest concursum ad exigendū intèr cedentem, & cessionarium, cedens ex directis præferri necessè sit saltim in agendo, quia earum actionum natura longè excellentior est, & efficacior vtilibus, quæ sunt accessoriæ, & minores *arg. l. si reus, ff. de duob. reis, l. si duo, ff. de solut.* Vndè oportuit in hoc cautelas inueniri, ex quibus indemnis cessionarius fiat à concursu cedentis, qui alioquin debitore cesso, certiorato nondùm cessionis factæ, cedens posset ex iuribus directarum, & solutionem petere, & multo magis accipere ex quo adhùc creditor est, *Alex. in d. l. nomen C. qua res pign. Card. Tusc. pract. concl. lit. C. conclus. 205. n. 25. Fab. d. lib. 12. coniect. cap. 3. ex l. pupilli, ff. foror. ff. de solut. & l. si cùm emptore, §. de pact. l. si hæres, ff. ad Trebell.* post eos *D. Merlin. d. cap. 31. sub n. 20.* Imò debitor

bitor cessus (subdit *D.Merlinus*) alitèr quàm à cessionario cessionis scientiam habens, cedēti soluere recusās prętextu cessionis factæ non audictur, tanquàm de iure tertij excipiens, nec iuris agētis exclusiuo, vt per *Bart. in d.l. si Pater, C. mādati. Cacher. decis. 62. n. 8.* quod si certior à cessionario factus sit, alitèr esset, quia pręferretur cessionarius in cōcursu, *l. si conuenerit, ff. de pign. act. l. Procurator, ff. de procur. Alex. cons. 15. nu. 2. Abb. Card. Tusc.* & cæteri in locis desuper cit. *per D. Merlin. inibi sub nu. 21.* qui laudando cautelam *sub n. 22.* de cessione facta cū clausulis, & iuramento, quiescunt penitùs actiones directæ, tanquam exinanitæ, & absque spiritu remansę apud cedentem, & adhibita tali cautela, cessante etiam concurrentia requisita *à d. l. 3.* ex quo tùnc sufficiet sola scientia, vndequaque proueniens debitori cesso, ne cedenti legitimè soluere, neque cùm eo in cessionarij præiudicium quicquam transigere, siuè pacisci possit, & hanc esse communem opinionem cōfirmat similitèr *D. Merl.* vel si essemus in cessione necessaria, in qua etiā cessant requisita *d. l. 3.* vt probat *Parl. different. 37. §. 2. n. 5.* concordans *d. l. 3. cùm d. l. procur.*

58 Quod tutius locum obtinet in pacto gratuito cùm debitore cesso facto, vt si cedens eum liberet, vel accepto debitā quātitatem, vel quietationem faciat per pactum de non petendo: nàm prętérquā manifestum hoc fraudis inditium præsefert contrà cedentem, vt per *Ang. in §. primi si quis in fraudem. instit. de act. Caldas Pereyra d. cap. 24. nu. 52.* cùm tamen debitor cessus nō fit in damno, & quod debitū non soluit, certè cōqueri nō potest si cessionario soluere compellerur, *Hieronym. de Laur. decis. Auen. 39. Bald. cons. 27. vol. 5.* & non sit differentia an cessio sit cessionario facta ex causa lucratiua, vel onerosa, vel si non fuerit interpellatus debitor cessus, *Guid. Papa decis. 530. n. 567. Afflict. decis. 335. Cacher. 45. & 61. Thes. decis. 101.* alij quamplurimi, quos videre poteris apud *de Mesa d. cap. 19. sub nu. 15.* & rationibus comprobat *D. Merlin. loco cit. sub nu. 26. 27. 28. 29. & 30.*

59 Et quod pertinet ad dispositionem *d. l. 3. C. de nouat.* nempè quando cessio similitèr facta est ad cōmodum vtriusq; cedentis scilicèt, & cessionarij, interuenire debet, vel litis contestatio, vel denunciatio solemnis, vel partis exactio, ne vlteriùs possit cessus aliud cum cedēte pertractare, quod cessionario præiudicium inferat *Scaccia de commercio, & cambio d. §. 2. gl. 5. n. 265.* aliàs non est, cur cedēs exigere non possit ex actionibus directis, & si millies cessus cessionem sciuerit, præsertim consentiente cessionario, *D. Reg. Salern. decis. 60. sub nu. 3.* non solum actione personali, sed etiam

60 hypothecaria, quia cessa actione personali, censetur etiam, vt sit cessa hypothecaria, quæ competit cedenti, *gl. in l. si pignori vers. contrà, ff. fam. arcisc. Reg. Lanar. cons. 87. n. 2.* prout hypothecaria cedi potest disiunctim absque personali actione, *Neg. de pign. parte 3. membro 1. sub n. 14. & parte 6. membro 2. n. 5.* habet enim ex eadem Imperatoris cōstitutione quodlibet ex eis requisitis, vim, & efficaciam veræ delegationis, secundùm *Thes. q. forens. lib. 4. q. 12. n. 4.* & habetur *in l. 2. C. de act. & obligat.* quæ quidem nō fit, nisi cùm debitor delegatus delegationem acceptauerit, *l. delegari, ff. de nouat. gl. in l. quamuis, §. mulier, ff. ad Velleian. Pereyra decis. 38. n. 5. D. Rouit. cons. 75. n. 3. lib. 1.* scilicèt loco sui creditoris delegantis delegatarium agnoscat, eique obligetur, nouatione plena iam facta, secundùm *Surd. decis. 23. n. 2. & seq.* necdùm nouæ personæ interuentu, sed etiā noui contractus, ex quo duplex obligatio dissoluitur, vna quæ delegans tenetur erga suum creditorem, altera qua tenebatur delegatus, erga delegantem, *Paul. de Castro in l. si vsusfructus n. 12. ff. de nouat.* & hoc est, quod diximus supra in principio eiusmodi tertij symboli, delegationem scilicèt non fieri, nisi cōsentiente debitore per stipulationem, quia delegatio per nouationem fit, & perficitur, nouatio verò per stipulationem, stipulatio à volente, & præsente contrahitur, secundùm *Tholos. d. lib. 21. cap. 20. sub n. 6.* vndè *in d. l. 3.* non de delegatione, sed de simplici cessione, & debiti venditione agitur, & intèr cedētem, & cessum quæstio in ea est, *Salern.*

dicta decis. 42. & ideò vnum ex illis requisitis concurrere debet, quando delegatio nō adest: nàm si adesset, nullum ex ijs requireretur ad excludendā perfidiam intèr cessionarium, & cessum, & habet vnumquodq; ex eis requisitis(legis potestate)vim præueniendi actum, & facultatem solutionis, quæ antea penes cessum in simplici potentia erat, & ad certum non producta nullius momēti, ex quibus coadiuuatur ingeniosa explicatio, *D. Merl. d. cap. 31. sub num.* 34. eiusmodi Imperatoris constitutionis,& ante ipsum voluit etiā *Ag.t. Ripell. var. resolut cap. vlt. de exec. censuali num.* 480. *& Tholos. loco cit.*

61 Cæterum vbi cessionarius pacta non obseruauerit, potest cedens cessionem reuocare, & primeuis suis actionibus experiri, *Mising. lib. 3. obseruat.* 44. *Carpan. ad Stat. Mediol. lib. 1. c.* 445. *n.* 63. *Ricc. collect.* 118. & post eos *D. Arias loco cit. in fine*, prout è contrà si cessionarius excluderetur per factum cedentis haberet contrà eum regressum, *Marilian. decis. Ian. 2. n. 4. &* 5. vide, quæ diximus *in tract. de assist. quæst.* 16.

62 Aduertendum, quod cum omnes actiones,& iura cedentis transeunt in cessionarium; nàm ea, quæ priuilegiata sunt, neque vtilitèr transeunt in cessionarium, vt si pupillus vendat nomina, sub illa venditione nominum, non comprehenduntur priuilegia elargita pupillo, quia ea personæ, & non causæ data sunt, *l. si Titius, ff. de nouat. & l. ex pluribus, ff. de admin. Tutor, l. quia tut. ff. solut. matr.*

63 Sūt enim nō omnes cessiones permissæ: licet adsint, quæ permittūtur, aliquæ improbæ, aliquæ licitæ,& aliquæ legitimæ. Improbæ cessiones censentur illæ, quæ vexandi aduersarij, seu debitoris causa sunt, quales, quæ in potentiores fiunt, cuius facti creditores,& debiti iactura puniuntur, prout nos habemus constitutionē *obscuritatem*, & in Francia adest *Constitutio Ludouici XII. de priuil. Scol.* quia videtur per hanc cessionē, quę duriorem aduersarium in sui locum subrogauit mutasse quodammodo substantiam obligationis, eo quia is priuilegio, vel potentia Superior sit futurus, *l. 1. cùm seq. ff. de alien. iud. mut. caus. fact.* quia potentioribus pares esse non possumus, *l. 1. §. fin. ff. de lic. potent.*

64 Et maximè improbata videtur cessio litigiosæ rei si fiat procuratori suo per clientem, *l. item, C. de procurat. l. si cōtra licitum, C. mand. l. si remunerandi, §. morus, ff. mand. l. si quis, C. de post.* habemus in Regno Regias Sāctiones, quæ omnia intelligas si malam suscipiat causam, vt perbeliè decisum per iurium expunctionem tradit *Fōtanella decis. Cat.* 180. *per totam tomo* 1. & de veris,& fictis cessionibus diximus supra.

65 QVARTVM PRINCIPALE EST SYMBOLVM intèr contractum, & distract̄ in compensatione. Compensatio enim idē est, quod soluere *l. si debitor, ff. qui pot. in pign. hab. l. intèr Tutor, ff. de administr. Tutor. Bald. in cons.* 317. *in princ. lib. 1. Sebast. Medices de compensat. par. 1. n. 2. Cartar. decis.* 73. *Crass. de except.* 16. & dicitur æqualitatis, vel æqualis ponderis retributio, nempè debiti,& crediti intèr se retributio, *l. 1. ff. de compensat.* & est duplex naturalis,& ciuilis, naturalis pro eo, quod debet naturalitèr, *l. etiam, ff. de compensat.* ciuilis, quæ ciuilitèr, vel vtroq; iure competit *Thol. d. lib. 2. cap. 22. num.* 2.

Item alia est, quæ fit ipso iure ad impediendum cursum vsurarum, vt si debeo centum aureos cùm vsuris, tu mihi quinquaginta sine fœnore, vsque ad cōcurrentem summam fit compensatio, *l. cùm alter alteri, & l. idem iuris, ff. de cōpensat. l. si constat, & l. etiam si, C. eod. tit. de compensat.* vel quando compensatur negligētia cùm negligentia, quæ habet per damnum, *l. si ambo, ff. eod.* & vt in delictis priuatis, quæ compensatione, pari modo, iure ipso tolluntur, *l. viro, & vxore, ff. solut. matr.* alia est, quæ non fit nisi opponatur,& est, quæ ab homine opponi debet aliàs quæ fit ipso iure absque ope exceptionis, vt *in l. 1. C. de distract. pign. Roman. in l. diuortio, §. ob donationē n.* 16. *ff. solut. matr.* Vndè non audiendus *Gaitus* quādo *in suo tract. de credito c. 4. q. 8. sub num.* 1016. dicit, non conferre vt ipso iure compensatio fiat, nisi opponatur ea per debitorem allegat *Manticam de tacit. lib. 11. tit. 8. sub num.* 23. quem

quem *Gaitus* haud intellexit, nàm *Bald. in l. 1 in princ. C. de distr. pign.* quem allegat *Mantica loco cit.* dixit fructus pignoris extenuare sortem ipso iure, tamen subdit, quod compensatio fit ipso etiam iure, licèt opponatur ab homine, ergo debitore non opponente, non fit compensatio ipso iure, hoc non sõniatur per *Manticam*. Vndè benè dixit *Barb. noster*, quod *Gaitus* citat, & sequitur *Manticam*, siuè benè, siuè malè is dicat, vt est videre *in suo tract. de assistentia gl.* 4. *sub nu.* 71. vers. *limitationem istam in fine.*

66 Hinc est, vt fiat debiti ad debitum contributio, & ità ex actionis petitione tantùm diminuatur, quantùm symbolũ est intèr creditorem, & debitorẽ, in varium, si quod superest, is, cum quo actũ est condemnetur, §. *compẽsationes instit. de act.* & in hoc electio fit à fideiussore conuento, vel vt quod sibi, vel vt quod reo debetur compenset *l. si quod, ff. de compensat.* & suam habet causam compẽsatio, veluti si Titius petat eam, quoq; pecuniam, quam tertio promisit loco, in compensationem venire, quanti tua interfuit, eo quo conuenerit loco pecuniam dari, *l. pecuniam, ff. eod.*

67 Fuerunt adinuentæ compensationes ad symbolizandos creditorem, & debitorem, & è contrà cùm æquissimum de iure fit, vt eo iure symbolo quis vtatur in alium, quo alius erga se vti desiderat *l. 1. ff. quod quisq; iuris cap. 1. dist. 1.* & eũ qui sibi alium soluere desiderat, eique quoque satisfacere, ne in dolo malo is sit petere ab aliquo, quod ei incontinẽti restituere debet, *l. dolo, ff. de dolo, l. ideo, ff. de compensat. l. stipulatio in fine, ff. de fideiuss.* nobis compensatio necessaria est, quia interest nostra potiùs non soluere, quam solutum repetere vulgato iure.

68 Quod adeo verum est, vt expediat etiam negligentiam creditoris in non exigendo, compensari cùm mora debitoris in non soluendo, *arg. l. si ambo, ff. de compensat.* ex quo non minùs interest creditoris suũ debitum exigere in congruo tempore, quàm debitoris soluere similitèr in definito tempore, ne fiat debitorum cumulus in sui detrimentum, vt est *text. in l. 2. vers. & si ipsis circa princ. C. de debitor. Ciuit. lib.* 11. *D. Reg. Rouit. decis.* 43. *sub n.* 7. vers. *Item est*, subdẽs *sub n.* 8. ver. *hinc fit*, quod licet nouus emphyteuta teneatur etiam ad censusannorum præteritorum ante suam possessionem, *l. 2. C. sine censu, vel reliq. Afflict. decis.* 3. *n.* 3. verum si directus Dominus neglexit exigere à primo emphyteuta possidente, nouus emphyteuta non tenebitur secundùm *Foller. de censib.* in verbo *huiusmodi censualia num.* 84. *Surd. decis.* 32. *n.* 9. *Rod. de reb. Eccles. non alien. q.* 17 *nu.* 64. quod intelligit *Fulg. de contract. emphyt. q.* 3. *num.* 12. quando non adesset specialis hypotheca pro solutione Canonis.

Et sic sit impositus finis etiam huic quarto Titulo pro consummatione totius præsentis Tractatus ad gloriam, & honorem Dei Omnipotentis, totiusque Sanctissimæ, & Indiuiduæ Trinitatis Patris, Filij, & Spiritus Sancti, Mariæ Sacratissimæ Virginis, omniumq; Sanctorum, & Sanctarum.

F I N I S.

INDEX RERVM ET VERBORVM NOTABILIVM

Hoc Opere Symbolicorum contractuum continentium.

Cum nonnullis annotationibus locupletatus, quarum prior litera N. numerum marginalem, ſecunda F. folium ad eorum prontuariam inuentionem indicant.

A

Arias

Digitized by Google

Com-

ctiui

D

E

 & con-

Digitized by Google

Fraus

In permutatione an res sortiatur naturam rei permutatæ.

Consi. Diximus regularitèr rem permutatam sortiri naturam rei cùm qua permutatur, nisi aliqua intercedat machinatio, & suspicio, maximè in permutatione beneficiorum, in qua vt plurimum considerari solet infirmitas vnius ex permutantibus: nunc in alijs rebus, quæ vita finiuntur, si permutans rem, in qua finitur eius vita id agat, puta si emphyteuticarius, & feudatarius respectiuè destitutus spe hæredis legitimi succedentis in feudo, & in re emphyteuticaria, graui pressus morbo rem feudalem, siuè emphyteuticariam cum re allodiali permutat, & exindè moriatur, an scilicet eiusmodi permutatio alias de iure sibi permissa, tùnc dicatur simulata, & in fraudem directi Domini facta, qui ob subsequutam mortem Feudatarij, & Emphyteutæ respectiuè, Feudum, vel Emphyteusis omninò ad se deuoluisset, & in hoc non desunt interpretes permutationem illam nullam, & inualidam putantes, tanquam in euidentem fraudem Patroni factam. Nos enim putamus Domino nullam iniuriam in isto casu, neç præiudicium illatum, illatumque fuisse, quando regularitèr id sibi indefinitè permissum est, quod postmodum accidens eueniat, vt sine prole decedere se agnoscat Feudatarius, vel Emphyteuta, tale contingens nullatenùs alterare potest substantiam, & facultatem indefinitè concessam Feudatario, & Emphytheutæ respectiuè. Quemadmodum quod principaliter agitur, & non quod in consequentiam euenit attendi debeat, *l. quod autem, & l. 1. & l. quod dicitur, ff. de auth. tut.* & sibi principalitèr prospexit Feudatarius, vel Emphyteuta ne rei suæ iacturam faceret, & vt suis hæredibus locupletiorem hæreditatem relinqueret, & est vt magis honorificus decedat, siuè ex testamento, siuè ab intestato cum expediat, testatorem, eum, qui in suo iure successit, succedere locupletem: Vndè cùm ipse Testator tractet de damno vitando suo hæredi, non consideratur aduersùs iacturā lucri, quæ in consequentiam adueniret Domino: cùm regula ea sit, vt magis inspiciendus sit is, qui agit de dando vitando, quam is, qui de lucro captando, *l. quia autem, §. Patronus, ff. si quis omiss. caus. test. liber esse iuss. fuer.* Nec in hoc cōsiderandum veniet illud, quod dicunt, cuilibet licere meliorem conditionem suam facere, dummodo proximi deteriorem non faciat *l. 1. §. & si fossas, ff. de aqua pluuia arcenda*, cum cōcordantibus, quia illud est verum, quādo principalitèr infertur proximo iniuria, non si in cōsequentiā, ex altera magis [illegible] regula ordinatæ charitatis *l. Præses, C. de ser. & aqua* minùs enim ius habet debitor in repudiando hæreditatem sibi delatam in præiudicium creditorum, quàm Feudatarius, & Emphyteuta respectiuè in permutando Feudum, vel rem emphyteuticariam cùm re libera, qui debitor renunciando hæreditatem sibi delatam in damnum creditorum, quia saltim debitor est, & circumscripta opinione tenentium, quod possit præcisè compelli ad acquirendam hæreditatem. per ea, quæ discurrit *D. de Luca obseruat. ad D. de Fran[illegible] obseruat.* 101. *& D. Carleual. vol. 2.* saltim in foro conscientiæ id facere debet *Grat. discept. f[illegible] cap* 271 *n.* 24. & tamèn canonizata est opinio, de qua apud *D. de Franch. decis.* 101. quod renunciare possit ad talem finem. Non enim suū creditorem fraudare dicitur debitor, qui delatam sibi hæreditatem, aut legatum repudiat: licèt ex eo futurum sit, vt creditores morentur in damno, quibus ex hæreditate, si adita fuisset, aut ex legato, si fuisset agnitum, satis fieri commodè potuisset, *l. quod autem in princ. §. 1. ff. quæ in fraud. credit.* etiam si fuerit eo animo, vt creditoribus suis noceret: cùm non dicatur alicui nocumentū inferri ab eo, nisi [illegible], quia prodesse non vult: cùm [illegible] si velit: vndè fallitur toto cælo, *D. de Luca* (pace tanti mei Domini dixerim) *obseruat.* 101. *ad Franch. sub num* 54. *vers. colligitur*, quando asseruit, quod vbi præcedit contractus, vel materia [illegible] ad acquirendum; tùnc omninò tenetur debitor acquirere, quia promissio illa non est causa sufficiens, vt sic præcisè teneatur acquirens ad adeundam hæreditatem, quando aditio hæreditatis facti proculdubio est, ad quod præcisè implendum nemo tenetur, nèc vllatenus cogi potest, vt est puntualis *textus in l. cum, qui ff de acquir. hæredit.* quid enim prosit promissio de vendendo, quando nèc etiam, ipsa venditio sequuta, potest facere vt compellatur vendens rem venditam emptori tradere: etiam soluto pretio, quando & si teneatur venditor tradere *per text. in l. ex empto, ff. de act. empt. & § perficiuntur instit. de act. & §. pr[illegible] instit. de empt.*

L

Onu-

Digitized by Google

Digitized by Google

Sola

Q

R

Digitized by Google

Digitized by Google

T

V

FINIS.



Digitized by Google





Digitized by Google

Digitized by Google